

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS DE CACOAL

Departamento do Curso de Direito

O ABORTO FACE ÀS ANOMALIAS FETAIS GRAVES E INCURÁVEIS

RACHEL MARCIA BERNARDI CREPALDI

Cacoal, RO
2007

RACHEL MARCIA BERNARDI CREPALDI

O ABORTO FACE ÀS ANOMALIAS FETAIS GRAVES E INCURÁVEIS

Monografia apresentada à Banca examinadora da Universidade Federal de Rondônia, *Campus* de Cacoal como exigência parcial para obtenção do grau de bacharelado em Direito sob a orientação do professor Esp. Nilton Ladislau da Silva.

**Cacoal, RO.
2007**

CREPALDI. Rachel Márcia Bernardi.

O Aborto Face às Anomalias Fetais Graves e Incuráveis.

Rachel Márcia Bernardi Crepaldi – 2007.

Vii, 94 fls., enc. 30 cm.

Trabalho de Conclusão de Curso – Fundação Universidade Federal de Rondônia – Campus Cacoal, 2007.

1. Aborto. **2.** Anomalias fetais. **3.** Anencefalia.

PARECER DE ADMISSIBILIDADE DO ORIENTADOR

A acadêmica RACHEL MARCIA BERNARDI CREPALDI desenvolveu o presente Trabalho de Conclusão de Curso sob o tema **O ABORTO FACE ÀS ANOMALIAS FETAIS GRAVES E INCURÁVEIS**, observando os critérios do Projeto Monográfico, apresentado ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Rondônia – UNIR, *Campus Cacoal*.

O acompanhamento foi efetivo, tendo o desenvolvimento do trabalho observado prazos fixados pelo Departamento do Curso de Direito.

Destarte, a acadêmica está apta para a apresentação expositiva de sua monografia junto à banca examinadora.

Cacoal-RO, 13 de agosto de 2007.

Nilton Ladislau da Silva
Professor Orientador

RACHEL MARCIA BERNARDI CREPALDI

O ABORTO FACE ÀS ANOMALIAS FETAIS GRAVES E INCURÁVEIS

AVALIADORES

Professor Esp. Nilton Ladislau da Silva	- UNIR	-	Nota
---	--------	---	------

Professor Esp. Silverio dos Santos Oliveira	- UNIR	-	Nota
---	--------	---	------

Professor Esp. Telmo de Moura Passareli	- UNIR	-	Nota
---	--------	---	------

Média

Dedico o presente trabalho ao meu esposo Gustavo Ângelo de Mattos, que esteve me apoiando no decorrer do curso, à minha mãe, Maria de Lourdes Bernardi Crepaldi, sem a qual não teria conseguido concluir minha faculdade e ao meu pai, Valdecir Crepaldi, por todo carinho e dedicação.

RESUMO

CREPALDI. Rachel Marcia Bernardi. O aborto face às anomalias fetais graves e incuráveis. 2007. 94 fls. Trabalho de Conclusão de Curso – Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* de Cacoal. 2007.

Pesquisa sobre o aborto face às anomalias fetais graves e incuráveis, elucidando a viabilidade em se legalizar tal prática, vez que, verifica-se a tendência de sua liberalização, principalmente no tocante a anencefalia. Percebe-se que as legislações que regem o tema variam entre os sistemas de proibição estrita e os que permitem em termos relativamente amplos a liberdade da prática abortiva. O Brasil situa-se entre os últimos, só permitindo o abortamento se a gravidez resultar de estupro ou se não houver outro meio de salvar a vida da gestante, não prevendo ainda, em sua legislação penal a permissibilidade da prática do aborto nestes casos, nem tampouco, no caso de anencefalia.

Palavras-chave: Aborto, Anomalias fetais, Anencefalia.

ABSTRACT

CREPALDI, Rachel Márcia Bernardi. The Abortion in face of the chronic fetal anomalies. 2007 94 pages. Monography – Foundation Federal University of Rondonia – UNIR – Cacoal Campus, 2007.

Research about the abortion in face of the chronic fetal anomalies, discussing the viability to legalize this practice, once the tendency of its liberation , specially when it comes to anencephaly. It is noticeable that the legislations that rule the present theme vary among the systems of written prohibition and the ones who permit it in relatively wide terms in relation to the liberty of the abortion practice. Brazil adopts the last assumption, but only permitting the abortion if the pregnancy results of rape, or if there is not other manner to save the life of the pregnant woman, not displaying yet, in its penal legislation, the permissibility of the abortion practice in these cases, not yet in the cases of anencephaly.

Keywords: abortion, fetal anomalies, anencephaly.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	09
2. A TEMÁTICA DO ABORTO.....	11
2.1 ASPECTO HISTÓRICO.....	11
2.2 CENÁRIO LEGISLATIVO EM VIGOR E DIREITO COMPARADO.....	13
2.3 O DIREITO PÁTRIO.....	15
3. CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	17
3.1 CONCEITO.....	17
3.2 FISIOLAGIA DA GRAVIDEZ E O LIMAR DA VIDA.....	18
3.3 DIREITOS DO NASCITURO.....	21
3.4 MORTE DO FETO.....	23
4. APONTAMENTOS JURÍDICOS PENAIS.....	25
4.1 OBJETO JURÍDICO.....	25
4.2 SUJEITOS DO CRIME.....	26
4.2.1 Sujeito Ativo.....	26
4.2.2 Sujeito Passivo.....	26
4.3 TIPO SUBJETIVO.....	26
5. UTILIZAÇÃO DOS MECANISMOS DESTINADOS A EFETIVAÇÃO DO	28
ABORTO	
5.1 GENERALIDADES.....	28
5.2 MECANISMOS QUÍMICOS.....	28
5.3 MECANISMOS FÍSICOS.....	29

5.4 MECANISMOS PSÍQUICOS.....	30
6. MODALIDADES DE ABORTO REPRIMIDAS PELO ORDAMENTO	32
JURÍDICO PÁTRIO E SUA FORMA QUALIFICADA	
6.1 INTRODUÇÃO.....	32
6.2 ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE OU COM SEU	32
CONSENTIMENTO.....	
6.3 ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO SEM CONSENTIMENTO DA	33
GESTANTE.....	
6.4 FORMA QUALIFICADA.....	34
7. CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ANTIJURIDICIDADE	36
7.1 GENERALIDADES.....	36
7.2 ABORTO NECESSÁRIO.....	37
7.3 ABORTO SENTIMENTAL.....	39
7.4 INDICAÇÃO RACISTA.....	40
7.5 INDICAÇÃO SOCIAL.....	40
8. A PROBLEMÁTICA DO ABORTO EUGÊNICO NO CENÁRIO ATUAL	42
8.1 ASPECTOS HISTÓRICOS.....	42
8.2 OBSERVAÇÕES INICIAIS.....	44
8.3 ANOMALIAS FETAIS: ESTUDO DE CASOS.....	46
8.4 CONSIDERAÇÕES DE ORDEM MORAL E RELIGIOSA.....	49
8.5 ENSAIOS PARA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO EUGÊNICO: DOS	54
PROJETOS DE LEI A JURISPRUDÊNCIAS.....	
9. CONSIDERAÇÕES FINAIS	65
10. REFERÊNCIAS	69
ANEXOS	73
ANEXO A – Íntegra da Decisão do Ministro Marco Aurélio.....	74
ANEXO B – Projetos de Leis.....	80

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico procura estabelecer de maneira sucinta, a polêmica existente em torno do tema aborto, fazendo uma abordagem evolutiva de seu trato desde o início dos tempos até a modernidade, onde se percebe a tendência liberalizadora em matéria de aborto eugênico, sobretudo no caso de anencefalia.

O assunto é tratado sob o ponto de vista jurídico, social, ético, moral e em partes específicas sob o enfoque médico e médico-legal, destacando-se, sobretudo o enfoque jurídico.

Principia pela análise histórico comparativa das legislações antigas e alienígenas frente ao Direito brasileiro, evoluindo ao conceito e considerações imprescindíveis para o seu trato, como: início da vida, direitos da personalidade do nascituro, morte do feto, aspectos jurídicos e meios dirigidos a sua prática.

Em seguida relaciona as espécies de abortos criminosos previstos em nossa legislação, bem como as causas de exclusão da antijuridicidade de maneira geral.

Finalmente enfoca a questão atual do aborto eugênico sob o prisma jurídico, ético, moral, religioso, e, sobretudo sob o aspecto da dor humana.

A Legislação pátria só permite a realização do aborto em dois casos: em caso de estupro, em que a mãe não deseja ter o filho e quando a gravidez trazer sérios riscos à saúde da gestante, assim confirmado em perícia médica.

O tema aborto sempre significa uma oportunidade para uma ampla e necessária discussão com a sociedade, dado o caráter complexo e delicado da questão. Isso não quer dizer, o desrespeito à legislação vigente, a subversão da ordem constituída e a pregação à desobediência civil. Mas uma oportunidade de trazer ao debate, dentro das políticas sociais de demografia e planejamento familiar, as questões que o aborto traz como repercussão no conjunto dos problemas de ordem pública e de saúde coletiva, elevando, desse modo, o nível de informação da sociedade. Certamente, o aborto eugênico é o que mais comove e ganha espaço nessas discussões.

Salientando que, com a moderna tecnologia que hoje temos, torna-se possível o acompanhamento da vida em sua fase embrionária, desde a concepção até o nascimento propriamente dito. Ao longo desse acompanhamento é possível monitorar seu desenvolvimento, sua formação, possíveis anomalias, reversíveis ou não, que poderão colocar em risco a vida da gestante e mesmo do próprio feto.

Porém, não se trata de defender a legalização indiscriminada do aborto, já que além de ceifar uma vida, causa sérios danos físicos e psicológicos à gestante, mas sim demonstrar a tendência despenalizadora, e, sobretudo a viabilidade de se legalizar o aborto eugênico, o qual ainda é motivo de muita polêmica em nossa sociedade, embora diversas decisões favoráveis já tenham sido proferidas.

2. A TEMÁTICA DO ABORTO

2.1 ASPECTO HISTÓRICO

A prática do aborto é conhecida desde o início dos tempos, porém, nem sempre foi objeto de punibilidade: em geral ficava impune, quando não acarretasse dano à saúde ou a morte da gestante. O Direito oriental tolerava o aborto sem qualquer sanção para a gestante ou o executor do ato. Para os hebreus a prática abortiva só tornou-se ilícita após a Lei de Moisés, antes dela punia-se o aborto somente se resultasse de violência.

Na Grécia, era comum a prática do aborto, Licurgo e Sólon a proibiam, bem como Hipócrates, que declarava: “a nenhuma mulher darei substância abortiva”.¹ Entretanto, Aristóteles e Platão o defendia, este a toda mulher com idade superior a quarenta anos e aquele na hipótese do feto ainda não ter adquirido alma, objetivando o equilíbrio entre a população e os meios de sobrevivência.

Em Roma nem a Lei das XII Tábuas, nem as Leis da República abordaram o tema, considerando-se o feto, como extensão do corpo materno, e não como um ser autônomo, de forma que a gestante que abortasse estaria dispondo tão somente de seu próprio corpo.

Ulteriormente, todavia, essa concepção (*abctio partees*) foi tida como lesão

¹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981, vol. V, p.269.

aos direitos do pai sobre a prole. Com Séptímio Severo, por volta do ano 20 d.C., o aborto passou a ser incriminado com penas extraordinárias. Estas penas variavam de acordo com o agente e a finalidade do delito; seriam mais leves se praticado pela própria mãe (desterro), mais severas se praticado por terceiros (exílio), podendo chegar à pena de morte se objetivasse lucro, ou se ocorresse a morte da gestante. Cícero, adepto desse pensamento preconizou que não era isso uma injustiça, pois a mulher “tinha destruído a esperança de um pai, a memória de um nome, a garantia de uma raça, o herdeiro de uma família, e um cidadão destinado ao Estado”.² Não se cogitava de proteção do feto, mas tão somente da honra paterna e da incolumidade física materna.

Com o Cristianismo surge o conceito do aborto vinculado à idéia de morte de um ser humano. Diante desses novos princípios, os imperadores Adriano, Constantino e Teodésio reformaram o antigo Direito passando a punir o aborto como espécie de homicídio. Nascendo uma problemática sobre o instante em que a “alma racional” penetrava no organismo em formação, que acabou por distinguir a penalização. Pois se houvesse aborto antes de 6ª semana, seria punido com maior leveza, e a partir da 6ª e 10ª semana, quando o feto já recebeu alma, seria aplicada a pena de morte, sendo o fundamento para esse agravante a perda de um ente dotado de alma, sem que houvesse feito parte da Igreja por ausência do batismo.

A partir do século XVIII, foi sendo extinta tal distinção, e a pena passou a ser a de morte desde a concepção, o que ficou consagrado como norma geral no século passado.

No Direito germânico foi que mais nitidamente se fixou o conceito da punição do aborto procurado, tendo para isso exercido influência decisiva o predomínio das idéias cristãs. Antes quando das leis pagãs, o aborto era considerado como um dano patrimonial se causado por um estranho. Posteriormente, a *Lex Romana Visigotorum*, que considerava ímpio e infame aniquilar a própria descendência, apenava o aborto com a morte ou cegueira. De seu lado, a *Lex Bajurari*, por influxos da Igreja, distinguia entre feto animado e não animado, para o fim de punir o crime contra o primeiro com a sanção do homicídio e contra o segundo, com a pena de

² HUNGRIA, *op.cit.*, p. 271

multa. A *Constitutio Criminalis Corolina* cominava a morte por afogamento da mulher que provocasse aborto em si mesma.

Com o Iluminismo surge um movimento pelo abrandamento das penas no caso de aborto, o que veio a influenciar as legislações penais modernas.

2.2 CENÁRIO LEGISLATIVO EM VIGOR E DIREITO COMPARADO

A tendência moderna é a liberalização em matéria de aborto. Sendo que os sistemas extremamente repressivos, como o nosso, dão margem a um número incomensurável de abortos ilegais, pondo em sério risco a vida das mulheres e comprometendo a autoridade da legislação.³ Heleno Cláudio Fragoso, leciona que as “leis proibitivas são discriminatórias contra os pobres e não têm qualquer efeito para a tutela do bem-interesse que procuram proteger, ofendendo a consciência de muitos numa sociedade aberta e pluralística”.⁴

As legislações que regem o tema variam entre os sistemas de proibição estrita e os que permitem em termos relativamente amplos a liberdade da prática abortiva, obedecidos a um limite de tempo após a concepção.

A Inglaterra com o *Abortion Act* de 1967 acrescentou em sua legislação a permissão do aborto de forma consideravelmente ampla, sem limite de tempo. Pode o aborto ser realizado por médico, desde que outros dois médicos atestem que a gravidez envolve riscos para a vida da mulher ou dano à saúde física ou mental ou à saúde de outros filhos acaso existentes na família e ainda risco para o nascituro.

Logo, a realização do aborto legal está sujeita a autorização que os médicos adotarem, passando o aborto à categoria de medida terapêutica como outra qualquer.

³ Segundo estatísticas da ONU, o Brasil é o campeão mundial na prática de aborto: entre 5 e 6 milhões de abortos são praticados ao ano no território brasileiro. Sendo que, em torno de 500 mil mulheres morrem ao praticarem esse ato criminoso.

⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 6. ed., Rio de Janeiro. Editora Forense, 1981, vol. V. p 547.

Tal reforma inglesa exerceu grande influência sobre os Estados Unidos, e em 1970, dezesseis países alteraram suas leis, embora com limitações, com base no sistema *Model Penal Code*. Pelo sistema adotado o médico pode realizar o aborto se, a juízo seu e de outro médico a continuação da gravidez pode gravemente comprometer a saúde física ou mental da mulher, ou dar lugar ao nascimento de criança com grave defeito físico ou mental, ou ainda, se a gravidez resulta de estupro, incesto ou outro crime sexual. A própria mulher só será punível se cometer aborto após a 26ª semana de gravidez.

Em Nova Iorque no mesmo ano, na primeira quinzena de julho, surge uma lei extremamente liberal, permitindo o aborto praticado por médico a qualquer tempo, para salvar a vida da gestante, ou dentro das primeiras 24 semanas, com a mera manifestação de vontade da mulher.

Os casos *Roe v. Wade* e *Doe v. Bolton*, decididos pela Suprema Corte dos Estados Unidos, contribuíram para a liberalidade do aborto nestes estados, concluindo-se pela preponderância do direito individual da mulher sobre os interesses de ordem coletiva, relacionados com vida humana em formação.

Na Alemanha o aborto é permitido quando realizado por médico nas primeiras 12 semanas, tendo em conta as dificuldades e perturbações familiares ou sociais, ou se a gravidez provém de crime sexual. Nas primeiras 22 semanas se houver risco de dano físico ou mental ao feto, com a gravidez e o conseqüente parto. Sendo permitido a qualquer tempo na hipótese de perigo de vida ou à saúde da gestante, se existir o seu consentimento (§ 218, a, do Código Penal Alemão).

A Itália pela Lei de 22 de maio de 1978 também alterou as suas normas jurídicas, tornando lícito o aborto consensual a qualquer tempo, desde que a gravidez exponha a vida da gestante a grave perigo, ou em casos de graves anomalias do feto. Permitindo ainda a prática abortiva, nos 03 primeiros meses no caso de a gravidez acarretar perigo a saúde física ou psíquica da mulher, em relação a seu estado de saúde, situação econômica, social ou familiar. Não devendo ser praticado sob o pretexto de controle de natalidade.

A Dinamarca e a Finlândia também ampliaram as suas leis em 1970. Prevendo a Dinamarca o aborto social (art.4º, da Lei 120/70), quando a gravidez for uma “carga” para a mulher.

A Suécia e a Islândia pelas Leis de 14 de julho de 1974, e Lei 25/75, art.9º, respectivamente, também estabeleceram o aborto social, prevendo a Islândia as causas justificadoras da conduta (possuir muitos filhos, dar à luz a muitos filhos num curto espaço de tempo, ou ter dado à luz há pouco tempo; a difícil situação de saúde, financeira ou íntima da família; a idade avançada da mulher; a falta de desenvolvimento mental da mulher).

As legislações latino-americanas coíbem de modo geral, a prática do aborto.

O Chile permite a realização do aborto no caso da gestante ter sido estuprada.

A Argentina veda o aborto, admitindo a não punibilidade do aborto sentimental.

O Brasil permite a prática abortiva nas hipóteses do aborto necessário e sentimental.

2.3 O DIREITO PÁTRIO

No Código Imperial não se incriminava o aborto praticado pela própria mulher, mas punia-se o praticado por terceiros com ou sem o seu consentimento, sendo neste último caso punido com maior rigor. Eram também apenados aqueles que forneciam meios abortivos, mesmo que a morte do feto não ocorresse, sendo a punição em dobro na hipótese do fornecedor ser médico, boticário, cirurgião ou praticante desses ofícios.

O Código de 1890 trazia a distinção no aborto de quando havia e de quando não havia a expulsão do feto, sendo na primeira hipótese mais gravemente apenado. Caso acarretasse a morte da mulher, seria ainda mais grave a pena. Este

Código previu a incriminação do aborto provocado pela própria gestante, atenuando a punição se evitasse ocultar desonra própria.

O atual Código permite a prática do aborto para salvar a vida da gestante, e também na hipótese de gravidez resultante de estupro, incriminando as demais formas. Embora seja comum entre nós a prática do aborto, o que demonstra a inconsistência entre o sistema de valores adotado e a realidade.

Nesse sentido é a lição de Heleno Cláudio Fragoso, que sugere algumas reformas a respeito do tema:

Permissão do aborto realizado por médico, com a manifestação de vontade da mulher nas primeiras 12 semanas; 2- Proibição para o aborto após a 12ª semana, a menos que haja graves consequências com a continuidade da gravidez e o parto para a vida ou a saúde da mulher, ou ainda graves riscos de anormalidade para o nascituro.⁵

O mesmo autor sugere ainda, que a lei deveria prever uma “cláusula de consciência”, como na Itália, especificando os casos em que por motivos éticos, podem os médicos abster-se de realizar o aborto.

O Anteprojeto do Código Penal elaborado pela Comissão encarregada de estudar reformas na Parte Especial do Código Penal em vigor amplia as possibilidades da prática do aborto, criando novas causas de exclusão de ilicitude. Entre elas se encontra a que trata do aborto eugênico ou piedoso, que será autorizado quando “há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais” (art.128, III). Em tal hipótese, exige-se “o consentimento da gestante, ou quando incapaz de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro”.⁶

⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *op. cit.*, p. 554.

⁶ MARCÃO, Renato. **O aborto no anteprojeto de Código Penal**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2961>. Acesso em: 20.03.2007, às 15h00min.

3. CONSIDERAÇÕES GERAIS

3.1 CONCEITO

O conceito do aborto não é unânime entre os juristas e médicos, preferindo alguns designá-lo: abortamento, já que o aborto seria uma referência a produto morto ou expelido.

Para Magalhães de Noronha “aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção”.⁷ É a morte do ovo, embrião, ou feto. A destruição é anterior ao início do parto (dilatação), depois de iniciado o processo do parto, é infanticídio e não aborto criminoso.

Já Nelson Hungria conceitua-o como “a solução de continuidade artificial ou dolosamente provocada, do curso fisiológico da vida intra-uterina”.⁸

Damásio E. de Jesus conceitua-o como “a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto (produto da concepção)”.⁹

Normalmente os Códigos Penais não conceituam o aborto, e muitas vezes através da forma que o designam gera dúvida sobre se basta para caracterizá-lo a expulsão do feto, ou se é preciso que ocorra a morte.

⁷ NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1976, vol. II, p. 57.

⁸ HUNGRIA, Nelson. *op. cit.*, p. 287.

⁹ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, vol. II, p. 101.

Na Suíça, a expressão utilizada é apenas aborto, não o definindo o Código, o que possibilita a maioria dos doutrinadores incluírem a expulsão prematura do feto, juntamente com a morte no ventre materno.

Na Itália, também se usa a expressão aborto, mas os doutrinadores o limitam a morte do feto. O atual Código Alemão substituiu a antiga enunciação “a gestante que aborta o próprio feto ou o mata no ventre materno”, que deixava indecisa a conclusão de que abortar representa matar o feto, definindo-o com a expressão “ a mulher que dá morte ao próprio feto ou permite que outro lhe de morte”.¹⁰ Deixando claro que abortar significa não só expulsar o feto como fazê-lo morrer.

Em face do nosso Código, o aborto é crime material que se consuma com a efetiva ocisão do feto ou a interrupção da gravidez e conseqüente morte deste. Não sendo necessária para a sua caracterização a expulsão do feto.

A destruição pode consumir-se, sem que o feto seja expulso, desde que a morte tenha ocorrido em conseqüência da própria imaturidade deste, ou dos meios abortivos empregados, porém são mais raros os casos.

É o que ocorre com a dissolução e a reabsorção do embrião no início da gravidez, permanecendo ele no interior do útero; e a calcificação (litopédio). Em todas essas hipóteses, há a destruição do feto e conseqüentemente aborto, sem necessidade da expulsão.

3.2 FISILOGIA DA GRAVIDEZ E O LIMIAR DA VIDA

O uso dos modernos anticoncepcionais reabriu a questão relativa ao instante em que passa a existir vida humana suscetível de tutela jurídica. O Código Civil estabelece em seu artigo 2º que a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, que ocorre no momento em que o óvulo é fecundado pelo espermatozóide. A gravidez evolui, então, com o percurso do ovo através da trompa, a caminho do útero, onde se implantará, num período de tempo variável entre 03 e

¹⁰ SCRÖDER *apud* BRUNO, Aníbal. **Crimes Contra a Pessoa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p.156.

07 dias. Com a nidação do ovo no endométrio, evolui a gravidez, com o desenvolvimento do embrião e do feto.¹¹

Os anticoncepcionais, no entanto, agem de forma diversa, dependendo do caso: eles podem, efetivamente, através de hormônios esteróides artificiais, inibirem a ovulação ou impedir o acesso do espermatozóide ao óvulo, tornando o muco cervical hostil ao gameta masculino. As pílulas que agem dessa forma realmente impedem a concepção. Há, porém, pílulas cujo efeito é acelerar a passagem do ovo pela trompa, de modo que atinja ele o útero sem condições de implantar-se, e também, as que transformam o endométrio para criar condições adversas à implantação do ovo. As pílulas deste último tipo seriam, pois abortivas, pois agem após a fecundação do óvulo, ou seja, após a concepção.¹²

No plano biológico, e, sobretudo no plano jurídico, procurou-se, todavia, fixar o início da gravidez no momento da nidação do óvulo fecundado. Nesse aspecto foi o depoimento do ministro Clóvis Salgado, em CPI da Câmara dos Deputados, em 14 de setembro de 1967: “Para o obstetra, a gravidez só começa depois da implantação do ovo no útero. Portanto, para o obstetra, microaborto não é aborto. Só quando se estabelecem relações materno-fetais é que há gravidez”.¹³

Afirmam alguns que os estímulos hormonais do blastócito no organismo materno ocorrem somente com a nidação e que cerca de 50 % dos óvulos fecundados não se implantam no útero, perdendo-se. Conforme afirma Fragoso ao citar Assis Pacheco, tal afirmação não procede, já que:

O ovo humano, quando se constitui, no terço externo ou na junção dos terços externo e médio da trompa, é formado por única célula, o qual em seguida se transforma em dois, quatro, oito, dezesseis, e, no período evolutivo chamado mórula, atinge a cavidade uterina. Nesse itinerário pela trompa, além de se segmentar em várias células, o ovo nutre-se de secreções tubárias. Enquanto o ovo migra pela trompa, o endométrio, anteriormente proliferado pelo estrogênio, torna-se adequadamente secreto, graças ao progestogênio produzido pelas células lutênicas

¹¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *op. cit.*, p. 545.

¹² ASSIS, Pacheco (Mário Victor) **apud** FRAGOSO, Heleno. *op. cit.*, p. 545.

¹³ Diário do Congresso Nacional, 23/09/70, **apud** FRAGOSO, Heleno. *op. cit.*, p. 546.

do corpo amarelo gravídico. A fase da migração é, portanto, o período da gravidez que permite o processo fisiológico da segmentação da célula única inicial, sua nutrição, e prazo bastante e necessário para que o leito endometrial se torne suficientemente nutritivo.¹⁴

Assim, conquanto submetida a conseqüências aleatórias, existe uma relação metabólica recíproca entre o ovo e a mulher antes da implantação.

Os juristas brasileiros sempre se referiram ao momento da concepção, sendo esta a posição adotada por Nelson Hungria, e pela maioria dos autores, referindo Hungria que: “a gravidez se estende desde a fecundação até o início do parto, assinalando-se este pelo rompimento da bolsa das águas”.¹⁵

É preciso que a gravidez seja rigorosamente provada, já que a gravidez suposta ou putativa exclui o crime, constituindo tentativa impossível o emprego de meios abortivos, ficando o agente imune de pena.

Cumprе salientar que a gravidez tem que ser normal, diferindo da extra-uterina, e da molar. Tem-se a gravidez extra-uterina quando óvulo não se desenvolve no útero, podendo se dar no ovário, fímbria, trompas, parede uterina (interstício), tendo como conseqüências: aborto tubário, ruptura da trompa, hemorragia abundante e litopédio.¹⁶

A gravidez molar consiste em formação degenerativa do ovo fecundado, sendo sangria, carnosa, ou visicular (hidática). Nem uma nem outra forma é punível, a primeira por colocar a mulher em sério risco de vida, podendo levá-la a morte. E a segunda por não existir vida.¹⁷

3.3 DIREITOS DO NASCITURO

¹⁴ *Ibid*

¹⁵ HUNGRIA, Nelson. *op. cit.*, p.209.

¹⁶ “litopédio - processo pelo qual o feto permanece no lugar, mas vem logo a deter-se em seu desenvolvimento e sofre processos regressivos, entre os quais o da calcificação, apresentando-se a formação de um litopédio”. HUNGRIA, Nelson. *op. cit.*, p.296.

¹⁷ NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1976, vol. II, p.59.

Existem algumas correntes doutrinárias a respeito de que o nascituro é titular de direitos personalíssimos. Entre elas destacam-se:

A doutrina natalista, pela qual a personalidade inicia com o nascimento, negando quaisquer direitos do nascituro;

A doutrina da personalidade condicional, também conhecida como falsa doutrina concepcionista, a qual preceitua que a personalidade do nascituro depende do nascimento com vida;

A doutrina concepcionista na qual a personalidade do nascituro independe do nascimento com vida;

O legislador civil brasileiro consagrou no artigo 2º, do Código Civil, que: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Como menciona Magalhães de Noronha, o Direito Civil em muitos preceitos iguala o feto à pessoa, podendo até mesmo se falar em personalidade do nascituro: artigo 1609, parágrafo único - reconhecimento de filho antes de nascer; artigo 1779 - curatela de nascituro; artigo 1799 - capacidade do nascituro de adquirir por testamento.¹⁸

Outro não é o entendimento dos tribunais pátrios quanto aos direitos do nascituro, com relevo inclusive nas ações sobre o estado de capacidade ou da legitimidade conferida ao nascituro:

"Ao nascituro assiste capacidade para ser parte. O nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão de direito material, até então apenas uma expectativa resguardada. (TJSP - Ap.Cív. 193.648-1 DJ. 14/9/93. Rel. Renan Lotufo)".¹⁹

¹⁸ *Ibid.* p.60

¹⁹ MENEZES, Glauco Cidrack do Vale. **Aborto Eugênico: alguns aspectos jurídicos**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5622>. Acesso em: 23 jun. 2007, às 14h20min.

"Ao nascituro assiste, no plano do Direito Processual, capacidade para ser parte, como autor ou como réu. Representando o nascituro, pode a mãe propor Ação de Investigação de Paternidade. (RJTJRS 104/418)".²⁰

O nascituro é, pois, titular de direitos desde a sua concepção. É pessoa física em formação e deve ser protegida desde o útero materno. Assim, "quem pratica um aborto não opera *in materiam brutam*, mas contra um homem na ante-sala da vida civil".²¹

Por outro lado, o aborto justifica-se diante da proteção de direitos personalíssimos da gestante que sejam considerados mais relevantes que o do nascituro.

É o que ocorre nas hipóteses do aborto necessário e do sentimental.

No primeiro caso tutela-se a vida da gestante quando não há outro meio de salvá-la senão interrompendo a gravidez. Há que se ressaltar, porém, que o progresso da medicina tende a diminuir cada vez mais esta hipótese de abortamento.

O aborto cometido em defesa da saúde psíquica da gestante, aborto de estuprada, também é plenamente justificável.

No aparente conflito de direitos da personalidade, temos o direito ao uso do corpo da gestante violado, bem como o seu direito à honra e à integridade psíquica, este último, por vezes, em contraste com o direito à vida do nascituro.

É extremamente traumática a situação da gestante que, nesse caso, teria que aguardar nove meses para dar à luz e cuidar de uma criança fruto de uma violência física e moral.

Assim, o constrangimento físico, a perturbação psíquica, a vergonha social e

²⁰ *Ibid.*

²¹ HUNGRIA, Nelson. *op. cit.*, p.286.

pessoal ao qual se submeteu a mulher estuprada, representam diminuição de sua dignidade de vida; podendo ela interromper a gravidez amparada por um médico.

Justificável também se apresenta a prática do aborto eugênico, pelos motivos que serão aludidos em capítulo próprio.

3.4 MORTE DO FETO

Segundo Fernando Capez:

O aborto consuma-se com a interrupção da gravidez e conseqüente morte do feto. A ação física deve ser realizada contra a vida humana intra-uterina, podendo a consumação do delito realizar-se após a expulsão do feto das entranhas maternas, ou seja, nada impede que após o emprego de manobra abortiva o feto seja expelido pela mãe ainda vivo, vindo, no entanto, a falecer posteriormente²².

Não é necessária a prova da vitalidade do feto para a caracterização do aborto; exige-se tão somente que esteja vivo e que não seja um produto patológico, como, por exemplo, a gravidez extra-uterina.

No que pertine a tentativa, Damásio E. de Jesus, leciona que “É admissível a tentativa quando, provocada a interrupção da gravidez, o feto não morre por circunstâncias alheias à vontade do sujeito”.²³

Já Julio Fabrini Mirabete, sustenta que:

A tentativa existe quando as manobras abortivas não interrompem a gravidez ou provocam apenas aceleração do parto, com a sobrevivência do neonato. Morto este após o nascimento ocorrerá infanticídio, se a autoria do crime couber à mãe, e homicídio se a terceiro.²⁴

Na hipótese de o feto já estar morto não será lesado o interesse protegido pela legislação penal, não configurando o crime de aborto, mesmo que o agente não

²² CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, vol 2, p.112.

²³ JESUS, Damásio E. de, *op. cit.*, p. 105.

²⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas S.A., 1999, vol 2, p.96.

soubesse de tal situação. Ocorrendo aqui crime impossível, como na hipótese de errônea suposição de gravidez.

4. APONTAMENTOS JURÍDICOS PENAIS

4.1 OBJETO JURÍDICO

A incriminação do aborto busca a proteção dos mais diversos bens jurídicos e a sua classificação na sistemática dos Códigos dependerá da preponderância que se dê a este ou aquele bem jurídico. Sendo classificado de diferentes formas em diversos países.

Na Argentina, Bolívia, Equador e Paraguai - crimes contra a vida. Na Suíça e na Islândia - contra a vida e a saúde, no Estado de Luisiana e Estados Unidos - contra a moral, no Chile - contra a família, na Itália - contra a incolumidade e sanidade da estirpe.²⁵

Entre nós, o Código Penal classifica o aborto entre os crimes contra a vida, que são uma subclasse dos crimes contra a pessoa.

Tutela-se, portanto, a vida. Embora, o feto não tenha autonomia não há como negar que existe vida, já que absorve de sua mãe substâncias necessárias ao seu desenvolvimento, eliminando os produtos de sua recusa, executando funções próprias de vida. Esta é designada vida intra-uterina, biológica, feto, feto-placentar etc.

No auto-aborto só há uma tutela penal: o direito à vida, cujo titular é o feto. No

²⁵ BRUNO, Aníbal. op. cit., p.157.

aborto provocado por terceiro há duas objetividades jurídicas: a imediata incide sobre o direito à vida, cujo titular é o produto da concepção; a mediata incide sobre o direito à vida e à incolumidade física e psíquica da própria gestante.

4.2 SUJEITOS DO CRIME

4.2.1 Sujeito ativo

No caso do artigo 124 do CP, o sujeito ativo é a gestante, tratando-se de crime próprio; nos demais dispositivos, qualquer pessoa pode ser autor do delito.²⁶

4.2.2 Sujeito passivo

O sujeito passivo é o produto da concepção. Não é o feto, porém, titular de bem jurídico ofendido, apesar de ter seus direitos de natureza civil resguardados. Sujeito passivo, portanto é o Estado ou a comunidade nacional. Vítima também é a mulher quando o aborto é praticado sem seu consentimento.²⁷

4.3 TIPO SUBJETIVO

O aborto só é punível a título de dolo, ou seja, da vontade de interromper a gravidez e de causar a morte do produto da concepção. Admite-se tanto o dolo direto como o eventual, o primeiro está na vontade livre e consciente de produzir a morte do feto. Já, o dolo eventual funda-se em assumir o risco do resultado morte. Como no caso em que o agente pretende promover um nascimento prematuro para fins de herança, por exemplo, mas prevê a possibilidade da morte do feto e assume o risco. Como também na hipótese da mulher que se entrega à prática de esportes violentos e que prevendo a possibilidade de abortar, assume o risco do evento.

Não se pune o aborto a título culposos. No aborto qualificado pelo resultado

²⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini, *op. cit.* , p. 94..

²⁷ *Ibid.*

(art. 127, do CP), o crime é preterdoloso: há dolo no antecedente (aborto) e culpa no conseqüente (lesão grave ou morte).

5. UTILIZAÇÃO DOS MECANISMOS DESTINADOS À EFETIVAÇÃO DO ABORTO

5.1 GENERALIDADES

Diversos são os meios utilizados para a prática do aborto, dividindo-se em três principais grupos: químico, físico e psíquico.

É necessário o nexó de causalidade entre o meio utilizado e o resultado da infração penal.

Se o feto expulso vier a sobreviver haverá a tentativa de aborto se existir o dolo.

5.2 MACANISMOS QUÍMICOS

Os meios químicos também chamados bioquímicos, medicamentosos, ou internos são substâncias químicas que ingeridas pela gestante podem ocasionar contrações uterinas e provocar de tal modo, a expulsão do feto.

Estes meios não apresentam eficácia absoluta, e segundo Hoffmann e Habrda, citados por Nelson Hungria, “não existe nenhuma substância conhecida que tomada pela boca, possa ocasionar seguramente e em todos os casos uma

prematura interrupção da gravidez”.²⁸

As substâncias abortivas internas podem provocar intoxicações graves, de forma que o aborto sobrevém como um resultado de um quadro clínico completo, ocasionando lesões ao organismo materno.

Os meios químicos subdividem-se em: substâncias inorgânicas e orgânicas, podendo estas últimas ser de origem animal ou vegetal.

Dentre as inorgânicas estão: o fósforo, o antimônio, os sais de chumbo, os compostos de sódio e de potássio, os sais de cobre e de prata, os compostos de mercúrio e de ferro, os ácidos minerais (sulfúrico, clorídrico, nítrico, crômico).

Entre as orgânicas de origem animal, destacam-se: a cantárida, o extrato de hipófise ou pituitária.

As orgânicas de origem vegetal: alcalóides (pilo, carpena, quinino, estriquinina, beladona, acônito, digitalis), o centeio espigado, vegetais contendo óleos etéreos (sabina, cedro vermelho da virgínea, zimbro, louro, arruda, azaro, rosmaninho, noz moscada, salsa, arnica, pejo, cânfora, erva cidreira), ácidos orgânicos (acético, cítrico, salicélico), venenos hemáticos (óleos de amêndoas amargas), amargos (genciana, cardo bento), purgativos (jálapa, goma-guta), emenagogos (alóios e iodo), anti-heumínticos (feto macho), adstringentes (lúpulo), diuréticos (salsa parrilha), plantas aromáticas (melissa, camomila, açafão, artemísia).²⁹

5.3 MECANISMOS FÍSICOS

Os processos físicos dividem-se em: mecânicos, térmicos e elétricos. Os mecânicos, por sua vez, subdividem-se em diretos e indiretos.

Os mecânicos diretos são os mais eficazes, atuando diretamente sobre o

²⁸ HUNGRIA, Nelson. *op. cit.*, p. 298.

²⁹ *Ibid*, p. 299.

aparelho genital. Subdividindo-se ainda, em:

a) meios agindo sobre o útero através das paredes abdominais (massagem do útero, compressão do abdômen, traumas contusivos do ventre, entre outros);

b) meios aplicativos na vagina (tamponamento, duchas vaginais, irritação do cólo do útero);

c) meios aplicativos na cavidade cervical (dilatação da cavidade cervical como o dedo ou instrumentos próprios ou impróprios); e

d) meios aplicativos na cavidade uterina (punção ou deslocamento das membranas, raspagem da cavidade uterina, curetagem).³⁰

Os indiretos, são menos eficientes, agindo a distância do aparelho genital, são as sangrias, escalda-pés, jogos esportivos, quedas voluntárias, etc.³¹

Os meios térmicos são aplicações de gelo ou bolsas de água quente no hipogástrico (ventre), sufumigação no baixo ventre, semicúpios ou pedilúvios quentes.

Os meios elétricos consistem no emprego de corrente galvânica ou farádica, banhos elétricos, excitação elétrica do bico dos seios, entre outros.

5.4 MECANISMOS PSÍQUICOS

Há ainda, os processos psíquicos, constituídos pelo susto, choque moral, sugestão, terror, dentre outros. Segundo Caetano Zamitti Mammana, “para que se dê isso, é necessário predisposição individual orgânica por parte da gestante”.³²

³⁰ *Ibid*, p. 299.

³¹ NORONHA. Magalhães. *op. cit.*, p. 61.

³² MAMMANA, Caetano Zamitti. **O aborto**. São Paulo, Editora Letras, 1969, vol II, p.

6.MODALIDADES DE ABORTO REPRIMIDAS PELO ORDENAMENTO PÁTRIO E SUA FORMA QUALIFICADA

6.1 INTRODUÇÃO

O Código Penal Brasileiro prevê três modalidades de aborto criminoso: auto-aborto, aborto consentido pela gestante e o aborto da dissensiente.

6.2 ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE OU COM SEU CONSENTIMENTO

Duas são as modalidades de aborto previstas pelo artigo 124, do Código Penal. O auto-aborto é o praticado pela própria gestante seja ou não instigada ou auxiliada por outrem. Esse requisito constitui o núcleo do tipo, e se outrem a auxilia ou instiga será co-autor do crime, incorrendo na mesma pena cominada à mulher.

No aborto consentido é um terceiro quem executa, porém, com a anuência da mulher. A atuação dessa não é secundária, pois coopera para as práticas abortivas, sujeitando-se ao menos com movimentos corpóreos. Ela é autora do delito. O terceiro poderia ser visto como co-autor, mas não o é, pois em face do artigo 126, comete o crime. Logo, cada um responde por um título de delito.

O consentimento da gestante é o elemento do tipo, devendo ser válido, e não o obtido nas circunstâncias do artigo 126, parágrafo único (gestante não maior de

quatorze anos, alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça, ou violência).

Sendo inválido o consentimento é como se inexistisse, não havendo punição alguma para a mulher.

A expressão alienada ou débil mental refere-se à mulher totalmente incapaz de entendimento ético-jurídico ou de autogoverno (art.26, “caput”, do CP). Na hipótese do parágrafo único do artigo 26, o sujeito continua a responder pelo delito previsto no artigo 126. Em suma, se a gestante se enquadra no “caput”, do artigo 26, o sujeito responde pelo delito do artigo 125; se ela se enquadra no parágrafo único da referida disposição, responde por aborto consensual.

Fraude “é todo ardil tendente a induzir outrem em erro”.³³ Como no caso de alguém fraudulentamente convencer a gestante de que a continuidade da gravidez lhe acarretaria a morte.

A grave ameaça se dá quando é capaz de atingir o “homem médio”, vencendo a sua resistência.

A violência refere-se ao emprego de força física para obtenção do consentimento. Pois se esta é coetânea a prática do aborto, o crime passa a ser ontologicamente o de aborto não consentido em concurso com o crime de constrangimento ilegal.

6.3 ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO SEM CONSENTIMENTO DA GESTANTE

O aborto dissensiente (provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante) previsto no artigo 125 do Código Penal é aquele praticado a contragosto da gestante. Ocorre, quer seja feito contra a sua vontade, quer a sua revelia. Sendo a mulher o sujeito passivo do crime.

³³ HUNGRIA, Nelson. *op. cit.*, p. 303.

A discordância poderá ser expressa ou real, quando a mulher contrapõe-se ao fato, mas é vencida pela força física ou grave ameaça. Poderá ser obtida por fraude, onde não há resistência da gestante por que ela é evitada, já que a mulher é induzida ou mantida em erro, o que impede a sua oposição. E em nenhum desses casos há a vontade da mulher em abortar, em concordar com a finalidade de terceiro.

Esses meios devem ser utilizados na prática do aborto, pois em caso de obter consentimento da gestante, o fato não será atípico, configurando-se a hipótese do artigo 126.

O artigo 126, parágrafo único, elenca ainda outra hipótese de aborto sem o consentimento da gestante, onde ela é alienada, débil mental, ou menor de quatorze anos, pois nesses casos o dissentimento é presumido.

Assim, o aborto com o consentimento da gestante vem elencado no artigo 126, “caput”, devendo combiná-lo com o artigo 124. Enquanto que o dissensiente deve seguir os artigos 125 e 126, parágrafo único, já que nesse último caso, o consentimento por não ser válido é como se não tivesse existido.

6.4 FORMA QUALIFICADA

A hipótese do artigo 127 só se aplica ao terceiro que praticou o delito, não se estendendo à mulher, ainda que tenha consentido. A justificativa para tanto está em que se a mulher morre inexistirá o delito assim como se lhe acarreta lesões de natureza grave, vez que, a legislação penal brasileira não pune a autolesão. No caso de auto-aborto, o partícipe, se houver, será punido a título de lesões corporais culposas ou homicídio culposo, segundo alguns doutrinadores, como Nelson Hungria e Heleno Fragoso, outros doutrinadores, como Magalhães Noronha e Julio Fabbrini Mirabete, entendem que o partícipe não responderá pela qualificadora, uma vez que não participou do ato da execução. Logo este preceito só se aplica aos artigos 125 e 126.

Trata-se de crime preterdoloso ou qualificado pelo resultado: há dolo no antecedente e culpa no conseqüente, ou seja, dolo em relação ao aborto, e culpa no que tange à lesão corporal ou morte. A consumação do delito se dá com a realização de um desses fatos que majoram a pena.

Se, porém, o agente quis ou ao menos assumiu o risco da morte ou lesão da gestante, responderá por aborto em concurso com homicídio ou lesão corporal grave.

A lesão corporal leve não integra o tipo, bem como a grave se necessária, pois o aborto mesmo que feito por médico, acarreta sempre lesão do útero que é de natureza grave. Assim, somente a lesão grave não necessária ou extraordinária geral ou local, como infecção, apostema, entre outras, constituem o delito.

7. CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ANTIJURIDICIDADE

7.1 GENERALIDADES

O Direito brasileiro admite algumas causas de exclusão da antijuridicidade no aborto, para se proteger um determinado bem jurídico, sacrificando a vida do feto, por caracterizar uma espécie de estado de necessidade.

Aníbal Bruno menciona várias espécies de indicação que possibilitam a interrupção da gravidez: indicação médica, ética ou emocional, indicação eugênica, indicação social ou econômica, indicação racista.³⁴ Dentre essas indicações dar-se-á enfoque especial à eugênica, por ser ela objeto de importantes discussões na atualidade, sendo tratada em capítulo próprio.

Hodiernamente, o ponto nuclear da questão do aborto está no tratamento que as legislações dão a suas causas de exclusão da ilicitude. A ampliação ou limitação dessas causas depende tanto da exigência de humanidade e justiça, como de considerações de ordem social e política. Prova dessa consideração última, está na evolução que vieram a ter nos últimos tempos a indicação sentimental e econômica. A indicação médica, necessária para salvar a vida da gestante é universalmente admitida, exceto pela Igreja. A nossa legislação limita essa indicação à preservação da vida da gestante, mas a maioria das legislações estende a justificativa ao fim de evitar dano grave e iminente à saúde.

³⁴ BRUNO, Aníbal. *op. cit.*, p. 169.

Nosso Código Penal admite duas modalidades de exclusão: a indicação médica e a sentimental.

7.2 ABORTO NECESSÁRIO

Pelo artigo 128, inciso I, do Código Penal preceitua-se o aborto necessário ou terapêutico, que ocorre quando a interrupção da gravidez é absolutamente necessária, para se evitar a morte da gestante. Não incluindo o dano a saúde ou higidez da mulher.

Afirma Adriano Marrey que “depende o aborto necessário do consentimento da gestante, pois não se equipara a intervenção cirúrgica, que pode ser levada a efeito contra a vontade do paciente”.³⁵

A Igreja não admite essa hipótese, pois alega que a morte do feto sem o batismo faria crescer a “legião errante do limbo”, excluído do reino de Deus, dizendo ainda, com base no aforismo de São Paulo que seria indignidade médica o sacrifício de uma vida pela outra, devendo salvar-se as duas. Ocorre, porém, que em muitos casos o sacrifício de uma leva a fatalidade das duas vidas. E como é sabido esse dispositivo só é aplicável a casos extremos.³⁶

Ademais, a questão do aborto terapêutico foi resolvida por nosso legislador com critérios de política criminal e não com princípios da religião católica. Trata-se de caso especialmente destacado de estado de necessidade.

Nessa hipótese o estado de necessidade está na salvação da vida da mulher como bem jurídico primordial, em sacrifício da vida do feto. O pressuposto básico para a caracterização do estado de necessidade é que não haja outro meio de salvar a vida da gestante.

Em se comparando as duas vidas deve se entender sem desmerecer a vida do feto, que a sobrevivência da mãe, prevalece sobre a do feto. Já que a mulher é

³⁵ MARREY, Adriano. “O crime de aborto” in RT, v. 329 p. 14.

³⁶ BRUNO, Aníbal. *op. cit.*, p.171.

um ser independente e em pleno desenvolvimento biológico, enquanto o feto é um organismo dependente e indefinido sobre o que virá a ser ou desenvolver. Sem considerar ainda, que a não interrupção da gravidez acarretaria como já foi dito, a morte de ambos.

Essa é a lição de Aníbal Bruno:

Não é que o Código nessa exceção tenha esquecido que reconheceu no feto um ser humano e fez da proteção à sua vida o objeto da incriminação do aborto. É que contra essa proteção se levanta um valor mais alto, conflito entre as duas existências, uma das quais tem-se de salvar-se com o sacrifício da outra. Note-se ainda que em grande número dos casos a conjuntura é entre a salvação da mulher ou a perda das duas vidas.³⁷

A maioria dos países adota essa medida, considerando-a também como um estado de necessidade. Dentre as legislações que a aprovam estão a da Suíça, México, Cuba, Nicarágua, Venezuela, Costa Rica, Peru, Equador, Paraguai, Uruguai, Argentina, Canadá, Inglaterra, França e Itália.

Os avanços da medicina têm diminuído de maneira crescente a necessidade dessa medida extrema. Mas ainda ocorrem muitos casos que têm que ser resolvidos, sempre que em razão de anomalias graves acarrete perigo real de morte para a mulher, que só a interrupção da gravidez poderia resolver.

É o médico que emite o juízo sobre a necessidade e o momento da interrupção da gravidez, realizando-a. Aqueles que o auxiliarem em sua atividade também não serão apenados como geralmente ocorre nos casos de estado de necessidade.

Permite-se excepcionalmente no caso de a intervenção ter de ser imediata por grave e premente perigo, a intervenção de terceiro não habilitado para a medicina, mas que seja capaz de prestar socorro necessário caracterizando efetivo estado de necessidade, desde que não seja possível contar com um médico.

O médico não necessita de consentimento da mulher, nem de seus familiares,

³⁷ *Ibid.*, p.172.

agindo por si mesmo, amparado no preceito legal. A gestante, muitas vezes não poderia prestá-lo por estar inconsciente e outras vezes poderia querer sacrificar-se em benefício do filho. O marido e os parentes, por sua vez, poderiam ser motivados por interesses pequenos, preferindo a morte da mulher ou da criança dependendo do caso, por razões de sucessão hereditária, por exemplo.

7.3 ABORTO SENTIMENTAL

É outra modalidade de aborto legal prevista por nosso Código no caso da gravidez resultar de estupro (art. 128, inciso II). É também conhecida como aborto sentimental.

Nesse caso não se trata de preservar a vida da mulher, sendo difícil classificar a hipótese como estado de necessidade. Devendo sim fundar-se em razões de cunho emocional e ético, que o legislador ponderou devido a episódios drásticos incluindo essa modalidade como fato não punível.

Outros países acolheram o preceito: Polônia, Uruguai, Equador, Cuba, Argentina, entre outros.

A origem desse dispositivo surgiu após as duas grandes Guerras, sobretudo após a 1ª Guerra Mundial, onde o número de estupros cometidos por soldados inimigos foram alarmantes. Dando campo a longos debates que resultaram na legitimação do aborto no caso de concepção resultante de violência.

A solução estendeu-se a partir de então a casos particulares, sob a alegação do sentimento de angústia, revolta e vergonha da mulher violentada. Hoje, prepondera a doutrina que entende que a permissão também alcança, por analogia, a gravidez resultante de atentado violento ao pudor.

A lei não exige autorização judicial para a prática do aborto sentimental, não havendo assim, legítimo interesse num pedido com tal finalidade. Além disso, observa Geraldo Batista da Siqueira: a autorização judicial, erroneamente requerida,

e, às vezes, concedida, é relevante como causa obstativa da persecução penal contra o médico e a gestante, no caso de falsidade do estupro, por não concorrer para a formação de coisa julgada³⁸, ficando a intervenção ao inteiro arbítrio do médico, desde que munido do expresse consentimento da gestante ou de seu representante legal. Assim, não é necessário que exista processo contra o autor do crime sexual; nem muito menos que haja sentença condenatória. O próprio médico deve procurar certificar-se da veracidade do alegado pela gestante ou seu representante. Recomenda-se, para a segurança do médico, como lembra Nelson Hungria, que ele obtenha o consentimento, por escrito ou na presença de testemunhas idôneas.³⁹

Caso o estupro não tenha ocorrido, apesar das evidências em contrário, e o médico tenha agido de boa-fé será isentado de culpa, respondendo a mulher pelo artigo 124, segunda parte, do Código Penal.

7.4 INDICAÇÃO RACISTA

A indicação racista consiste num fato isolado do sistema do nacional socialismo alemão, onde com a Lei de 14 de julho de 1933, pretendia-se a pureza e aperfeiçoamento da raça. A lei excluía a proibição penal do aborto às gestantes não alemãs e adotava outras medidas para evitar uma descendência indesejável sob o ponto de vista racial. Essa indicação desapareceu juntamente com o sistema.

Atualmente não há nenhum país que pretenda fazer influir o preconceito racista na descriminação do aborto.

7.5 INDICAÇÃO SOCIAL

Pelo critério social a interrupção da gravidez se justificaria quando precárias condições financeiras da gestante, à mingua de recursos suficientes ou já sob o peso de muitos filhos fizessem do nascimento e criação do novo ser um encargo

³⁸ SIQUEIRA, Geraldo Batista de. Aborto Humanitário: autorização judicial. RT 675 p. 299-303.

³⁹ HUNGRIA, Nelson. *op. cit.*, p. 313.

penoso ou mesmo intolerável para a mulher e sua família.

Não é possível reconhecer nesse caso um estado de necessidade, dado o valor fundamental que se dá à vida, e também por faltar à exigência fundamental de que não haja outro meio de preservar a situação ameaçada.

Este é um problema que deve ser resolvido por medidas sociais que possibilitem à mulher desenvolver a sua gravidez com condições de cumprir a função da maternidade, salvaguardando o feto. Além de a Administração Pública promover campanhas de conscientização sobre o uso de métodos contraceptivos, e torná-los acessíveis a todas as camadas sociais, o que evitaria inúmeros casos de gravidez indesejada.

A aprovação do aborto nessa modalidade revelaria uma atitude individualista e egoísta, produto da materialização que guia a sociedade moderna.

8. A PROBLEMÁTICA DO ABORTO EUGÊNICO NO CENÁRIO ATUAL

8.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

O aborto eugênico foi por muito tempo considerado como uma espécie de seleção humana para o aperfeiçoamento da raça, devido ao tratamento hostil e desumano para com os fetos.

O Código de Manu com a finalidade de evitar descendência enferma proibia o casamento entre membros de famílias doentes e indivíduos portadores de taras. Platão aconselhava o aperfeiçoamento da raça, segundo princípios adotados para a seleção de animais irracionais: escolher bons reprodutores, a fim de se obterem bons produtos e bons exemplares.⁴⁰

Para os brâmanes o infanticídio era utilizado com finalidade eugenésica, já que após o nascimento de uma criança que lhes parecia de má índole, a matavam ou abandonavam na selva.

Entre os espartanos, após o nascimento, as crianças eram levadas a um local chamado *Lesque*, onde os mais velhos de cada tribo selecionavam-nas, dando às mais sadias o direito à vida, sendo as defeituosas e débeis lançadas ao abismo do Monte *Taígeto*.

⁴⁰ MAMMANA, Caetano Zamitti. *op. cit.*, p.343.

Em Calabar, as negras praticavam o aborto em torno do 3º mês de gestação, com o intuito de evitar gravidez gemelar, concepção de embrião que não viria à luz, ou concepção de criança que teria pouca duração de vida.

Os celtas também sacrificavam as crianças disformes e monstruosas.

No Brasil, os índios matavam os recém-nascidos com sinais de doença ou que tivessem algum defeito físico.

Com o passar dos tempos, os métodos bárbaros foram sendo abandonados, adotando-se práticas mais brandas, e aconselhando-se a interrupção da gravidez em casos específicos, baseados nos avanços da medicina.

Os estudos de Mendel, referentes à teoria do mecanismo hereditário, e depois os ensaios de Galton, os quais tratavam dos fatores que, benéfica ou maleficamente, influenciavam nas qualidades físicas ou mentais do homem, especialmente nos descendentes, deram os primeiros passos para a eugenia, e diversos autores passaram a tratar do tema.

A Lei dinamarquesa de 1937 autorizou o aborto quando houvesse sério perigo de que a criança venha apresentar moléstia mental, epilepsia ou algum mal físico grave e incurável. E em 1956, a lei exigiu a comprovação dos riscos através de prognóstico feito pela Instituição de Genética Humana da Universidade de Copenhague nos casos que a gestante tiver contraído rubéola ou usado talidamida.

A Suécia também permitiu o aborto eugênico em sua Lei de 17 de maio de 1946.

A Lei finlandesa de 17 de fevereiro de 1950 autorizou o aborto em caso de doença, defeito físico ou debilidade que exponha seriamente a perigo a saúde física ou psíquica da mãe. Permitindo-o ainda, na hipótese de suspeita da gestante ou do pai da criança ter herdado, pela natureza, um mal que possa causar entre os descendentes, moléstia mental grave. Exige-se o consentimento do casal, bem como a esterilização da mulher.

A Lei checoslovaca, de 1957, autorizou o aborto no caso em que um dos pais sofria moléstia hereditária.

Outros países permitem a prática do aborto na hipótese de defeitos no feto: Argentina, Bolívia, Costa Rica, Equador, Peru, Alemanha, Espanha, Polônia, Portugal, Suíça e Egito.

No Brasil ainda não há disposição legal autorizando a prática do aborto eugênico.

8.2 OBSERVAÇÕES INICIAIS

A palavra eugenia traz em si mesma uma carga emocional muito forte, sendo por muito tempo, considerada um tabu. Isto é devido a seu uso na Alemanha, durante o período nacional-socialista, onde com a lei para purificação da raça, introduziram-se as causas de indicação eugênica (esterilização, interrupção da gravidez, estirpação de glândulas sexuais), para que nascessem somente “super homens”.⁴¹

Atualmente, porém, a expressão adquiriu mais força sendo utilizada somente no campo da eugenia restrita “para impedir o nascimento de seres infelizes marcados por uma carga degenerativa”.⁴²

A indicação eugênica, hodiernamente, não está vinculada ao conceito abrangente que lhe emprestou o nacional-socialismo alemão: não há mais falar em abortamento eugênico para se obter uma raça de "super-homens", nem para a conservação da "pureza" de uma determinada raça.⁴³

⁴¹ FRANCO, Alberto Silva. **Aborto por Indicação Eugênica**. LEX-132, RJTJESP, p.20.

⁴² *Ibid.*, p.21.

⁴³ DIREITO ao abortamento necessário. Vara do Júri e execuções Criminais da Comarca de Campinas, São Paulo. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20ii/abortoprocess.htm>. Acesso em: 17 jun.2007, às 21h19min.

O embasamento jurídico para a indicação eugênica é outro problema que merece destaque, havendo algumas divergências a seu respeito, onde alguns afirmam tratar-se de causa de exclusão de pena, e outros, causa de pura exculpação, ou ainda, excludente de ilicitude. Na primeira hipótese exclui-se a pena, mas o fato continua ilícito, consequência inadmissível no que pertine ao médico. Na hipótese de exclusão da culpabilidade a interrupção da gravidez tornar-se-ia impune quando atendendo a circunstância de que a criança viesse a nascer com graves danos físicos ou psíquicos, não se poderia exigir da gestante que desse continuidade a gravidez. Nesse caso, todavia, o médico continuaria sendo culpado, tendo em conta que a exculpação apresenta caráter pessoal. Assim, a maioria dos autores tem se posicionado para que haja uma causa de justificação equivalente ao estado de necessidade, argumentando que todos que participaram da relação do aborto legalmente permitido atuam legitimamente.⁴⁴

A indicação eugênica apresenta como as demais indicações do aborto, duas séries de requisitos: os requisitos comuns e os específicos.⁴⁵

Dentre os comuns, está a prática do aborto por médico, requisito dos mais importantes, dado os riscos para a vida e à saúde da gestante que a manobras abortivas podem acarretar.

Outro requisito é que seja o aborto realizado em estabelecimento hospitalar público ou privado, desde que creditado pela Administração Pública. Busca-se com tal exigência, evitar as consequências desastrosas dos abortos clandestinos e de alto risco.

Além do consentimento expresso da gestante, que deverá ser informada das condições do ato, e de riscos que possam derivar do procedimento.

⁴⁴ Esse posicionamento foi adotado por Wilson Ninno, ao comentar Manzini “ ***o aborto pode ser em tal caso justificado pelo estado de necessidade, reconhecendo o perigo de grave dano à pessoa, em face das consequências morais, familiares e sociais do parto***” (NINNO, Wilson. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, RT, 1980, vol II, p. 423.). José Henrique Rodrigues Torres, juiz de direito da Comarca de Campinas/SP, todavia, em decisão proferida na data de 18 de junho de 1995, considerou o aborto eugênico, na hipótese de feto anencéfalo, como excludente da culpabilidade em face de inexigibilidade de conduta adversa. Tratando-o Rene Ariel Dotti, como uma causa supra legal de exclusão do crime.

⁴⁵ FRANCO, Alberto Silva. *op. cit.*, p. 23.

Os requisitos específicos também são três: a) a presunção de que o feto nascerá com graves enfermidades físicas ou psíquicas; b) o prazo para a realização do aborto eugenésico; e c) o parecer emitido por dois especialistas.

O prazo é de vinte e duas semanas, justificando-se esse intervalo de tempo, já que algumas provas diagnósticas somente podem ser realizadas quando o feto adquiriu certo desenvolvimento, sendo necessário determinado lapso de tempo para a sua avaliação e conseqüente adoção da decisão de abortar; por outro lado quanto mais tardio é o diagnóstico, maior é o grau de sua certeza, não se podendo olvidar, no entanto, que a partir do prazo estabelecido, o feto já é viável.⁴⁶ A contagem do prazo se dá a partir da nidificação do óvulo fecundado.

O parecer emitido por dois especialistas é outro requisito, devem estes diferir daqueles que realizarem o aborto.

O mais importante dentre esses requisitos é a presunção de que o feto nascerá com graves enfermidades físicas ou psíquicas, daí analisá-lo separadamente.

8.3 ANOMALIAS FETAIS: ESTUDO DE CASOS

É sabido atualmente que as malformações congênitas e enfermidades hereditárias afetam aproximadamente 5% dos nascimentos. Um terço deles provém de aberrações genéticas conhecidas: são anomalias cromossômicas (relacionadas como o número e a natureza dos cromossomos), não hereditárias, mas produzidas por uma falta de emparelhamento dos cromossomos depois da fecundação: tais como a trissomia 21 ou *Síndrome de Down*, também chamado Mongolismo, a síndrome de Turner etc, e também, as anomalias genéticas como a mucoviscidose que afeta um de cada dois mil europeus; e, sobretudo as anomalias plurifatorias, provocada pela mutação simultânea de vários genes e mal conhecida quanto à sua etiologia. Começam por fim, a ser descobertos os mecanismos de algumas

⁴⁶ CASABONA, Carlos Maria Romeo *apud* FRANCO, Alberto Silva. *op cit.*, p.24.

enfermidades propriamente genéticas, mas que estão, não obstante, ligadas a uma tendência em alguns genes a facilitar, na idade adulta, por exemplo, a rápida proliferação de certos cânceres, como o da bexiga ou do pulmão. Outras anomalias do desenvolvimento podem, todavia manifestarem-se durante a embriogênese, sendo mais ou menos graves mais ou menos suscetíveis de uma terapia corretiva: a espinha bífida, ou hérnia da medula espinhal, a anencefalia, as diversas formas de hidrocefalia, a estenose esofágica ou do intestino, a onfalocele e outro tantos acidentes que podem sobrevir, em grau mais ou menos grave, ao embrião ou feto na gestação.⁴⁷

Das doenças anteriormente mencionadas a que se analisará com maiores detalhes é a anencefalia, por já ter motivado diversas autorizações para a interrupção da gravidez na atualidade.

A anencefalia consiste em malformação caracterizada pela ausência total ou parcial do encéfalo e da calota craniana, proveniente de defeito de fechamento do tubo neural durante a formação embrionária⁴⁸, ou ainda, a anencefalia é um defeito congênito (do latim *congenitus*, “gerado com”). Começa a se desenvolver bem no início da vida intra-uterina. A palavra anencefalia significa “sem encéfalo”, sendo encéfalo o conjunto de órgãos do sistema nervoso central, contidos na caixa craniana. Não é uma definição inteiramente acurada, pois o que falta é o cérebro com seus hemisférios e o cerebelo: Uma criança com anencefalia nasce sem o couro cabeludo, calota craniana, meninges, mas, contudo o tronco cerebral é geralmente preservado. Muitas crianças com anencefalia morrem intra-útero ou durante o parto. A expectativa de vida para aquelas que sobrevivem é de apenas poucas horas ou dias, ou raramente poucos meses.⁴⁹

A criança é cega, surda e não tem ou tem muito poucos reflexos, afetando mais meninas do que meninos, 25% das crianças anencéfalas que vivem até o fim da gravidez morrem durante o parto, 50% têm uma expectativa de vida de poucos

⁴⁷ BONÉ, Edouard *apud* FRANCO, Aberto Silva. *op. cit.* p. 24/25.

⁴⁸ WIKIPÉDIA, **A enciclopédia livre**. Anencefalia. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Anencefalia>. Acesso em: 19 jul. 2007, às 23h07min.

⁴⁹ PERGUNTAS mais freqüentes sobre anencefalia. Disponível em: <http://www.anencephalie-info.org/p/perguntas.htm#per1>. Acesso em: 19 jul.2007, às 23h20min.

minutos a 01 (um) dia, 25% vivem além de 10 (dez) dias. Aqueles que sobrevivem têm uma expectativa de vida de poucas horas, poucos dias e muito raramente poucos meses.⁵⁰

Atualmente, com o crescente avanço da medicina é possível se verificar e identificar a anencefalia e demais enfermidades físicas e psíquicas, no processo gestativo. O diagnóstico pré-natal (DPN) realizado através de ultra-sonografia, amniocentese, amostra do vilo corial ou cordocentese, é uma realidade nas grandes cidades e em diversos centros universitários do Brasil.⁵¹

A ultra-sonografia demonstra claramente este defeito de maneira precoce e precisa. O pólo cefálico já pode ser identificado com 8 (oito) semanas; embora o diagnóstico possa ser feito precocemente, a detecção antes de 14 semanas pode ser difícil porque o manto cerebral é muito fino e a massa malformada pode simular o cérebro em desenvolvimento normal; mas os ossos cranianos nunca estarão ossificados e a face fetal torna-se muito proeminente, em especial na região orbitária⁵².

Alguns autores, não muito distante de nossa época, criticavam severamente a indicação eugênica, dizendo Nelson Hungria:

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ **Ultra-sonografia** - descoberto no final dos anos 60, nos Estados Unidos, chegou ao Brasil em 1975 e é indicada a partir da 12ª semana de gestação, sem riscos. Hoje, há na variação do exame, o chamado ultra-som morfológico. Apesar do equipamento ser o mesmo, esse tipo de ultra-sonografia é feito por geneticista e o exame é mais demorado e extremamente detalhado. Em geral, pedido em casos em que há falta ou excesso de líquido amniótico, diminuição do movimento do feto, suspeita de alguma doença no começo da gravidez.

Amniocentese - também foi introduzida no final da década de 60 e só começou a ser usada no Brasil, em 1979. Realizada a partir da 12ª semana de gravidez. O procedimento é relativamente simples. Uma agulha fina atravessa o abdômen da mãe e aspira cerca de 20 milímetros do líquido amniótico. É indicado para quem tem história de doença metabólica na família, filho anterior com anomalia cromossômica ou idade avançada.

Cordocentese - descoberta na França, em 1983, foi trazida para o Brasil cinco anos depois. Uma agulha coleta sangue do próprio feto, diretamente do cordão umbilical. O diagnóstico é rápido e pode ser feito em qualquer período da gestação, a partir da 20ª semana. Detecta, além de doenças genéticas, eventuais infecções.

⁵² PROCHMAN, Viviane Bassetti. **Anencefalia: É Possível Ter Certeza?**. Disponível em: <http://www.sogipa.org.br/htmls/atualidades/artigos/24-n07/anencefalia.asp>. Acesso em: 19 jun. 2007, às 00h02min.

(...) andou acertadamente o nosso legislador em repelir a legitimidade do aborto eugenésico, que não passa de uma das muitas trauvailles dessa pretensiosa charlatanice que dá pelo nome de eugenia, consiste este num amontoado de hipóteses e conjecturas, sem nenhuma sólida base científica. Nenhuma prova irrefutável pode ela fornecer no sentido de previsão de que um feto será, fatalmente, um produto degenerado (...).⁵³

Bernhard Haering comenta acerca do exame pré-natal ressaltando que:

(...)esse exame se destina à verificação do estado de saúde, normalidade, bem-estar do nascituro, a fim de, se tudo vai bem, tranquilizar os pais, ou, se algo não vai bem, fazer o tratamento adequado para sanar o que não vai bem. Entende-se que o exame pré-natal é, deve ser, sempre em favor do nascituro; tem, deve ter, sempre, finalidade benéfica para ele. Entretanto, tem sido utilizado para 'descobrir' alguma coisa a ser invocada como justificativa de aborto - desde anomalias físicas, psíquicas, cromossômicas, até o sexo não desejado do nascituro... Todas essas manobras entram no campo da 'manipulação' do nascituro (...).⁵⁴

Atualmente, porém, a medicina através do mencionado diagnóstico pré-natal, fez cair por terra tais acusações, abrindo tal diagnóstico um amplo espectro de possibilidades que atendem às mais diversas finalidades, quer para preservar a vida da gestante, quer para possibilitar as providências corretivas do embrião, quer ainda para identificar no feto anomalias incuráveis. Neste último caso, quando diagnosticar-se que o feto não tem condições de vida com mínima qualidade, justifica-se o aborto eugenésico.⁵⁵

8.4 CONSIDERAÇÕES DE ORDEM MORAL E RELIGIOSA

Quando se trata do aborto em geral uma questão que sempre vem à tona é a do início da vida, o que já foi objeto de discussão no item 2.2, do Capítulo II.

Por outro lado, quando se trata do aborto eugênico, sobretudo no caso de

⁵³ HUNGRIA, Nelson. *op. cit.*, p. 313.

⁵⁴ HAERING, Bernhard, CSSR. **Medicina e Manipulação**. Trad. De Honório Dalbosco. São Paulo, Paulinas, 1977. Pp. 212-215.

⁵⁵ Em pesquisa realizada pela Internet, com a participação de 1.290 internautas, 68,97% votaram a favor e 31,03% contra o aborto (CONSULEX - REVISTA 188, PAG. 07. Ano VIII - Nº 188 - 15 de novembro de 2004).

anencefalia, perquire o padre Geraldo Luiz Borges Hackmann, que a posição da Igreja Católica é clara, qual seja, defesa integral da vida humana, da concepção até seu declínio natural.

Segundo o referido padre:

É a mãe que irá proteger o dom de Deus gerado nela. Por isso, ela, no momento da concepção, perde o direito de dispor sobre a nova vida, pois o direito da vida recém-gerada compete a quem foi gerado, e não a quem gerou. O livre-arbítrio da mãe não se estende a decidir se a vida gerada nela, mesmo que alguns não a queiram reconhecer como pessoa humana, irá viver ou não. A vida gerada no seio da mãe tem o direito de viver, por si mesma, porquanto é a "imagem de Deus", de sua concepção até o seu declínio.⁵⁶

Um dos maiores moralistas católicos deste século, Bernhard Haering levanta uma série de indagações:

(...) se a criança, ainda por nascer como a que já nasceu, tanto a que é normal como a que é anormal, 'que não satisfaz a expectativa do adulto para a sua felicidade utilitarista, tem o direito a viver e à existência humana'. Prosseguindo, refere-se à expressão "filhos queridos" (isto é, desejados), cada vez mais ampla e abrangentemente usada, para "justificar" o aborto (dos "não queridos"...), pergunta: "Essa expressão 'filhos queridos' significa, porventura, que os pais são livres em optar pela aceitação ou não dos filhos?" E acrescenta: A maneira como o argumento 'filhos somente queridos' é empregada em favor do aborto (...) leva a rejeitar um número sempre crescente de filhos que, de qualquer forma não serão tratados como deveriam sê-lo, isto é como membros queridos da raça humana (...).⁵⁷

A Carta Encíclica *EvanGelium Vitae*, sobre o valor da vida e a inviolabilidade da vida humana (1995), do Papa João Paulo II, é uma condensação das diretrizes do Magistério da Igreja, a respeito desta segunda é fundamental, assim como do correspondente bem jurídico, que deve ser respeitado e defendido desde a concepção, durante todas as etapas e situações vitais, até a morte (entendendo-se que o desrespeito ao bem jurídico "vida" leva a violar e negar o próprio valor humano

⁵⁶ HACKMANN, Geraldo Luiz Borges. **É correta a posição da Igreja católica em relação ao aborto? Uma vida a ser defendida**. Disponível em: <http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=354306>. Acesso em: 17 jul. 2007, às 18h00min.

⁵⁷ HAERING, Bernhard, CSSR. **Medicina e Manipulação**. Trad. De Honório Dalbosco. São Paulo, Paulinas, 1977. p. 115 e 116.

vida). A vida - valor humano fundamental e correspondente bem jurídico, direito humano fundamental, direito *erga omnes* -, é como repetidamente dito nesta Encíclica, um dom divino, daí ter "um caráter sagrado e inviolável no qual se reflete a própria inviolabilidade do Criador".⁵⁸

Há, contudo, aqueles que discordam do posicionamento da Igreja Católica, como o Juiz de Direito do Rio Grande do Sul, Roberto Arrida Lorea. Segundo este jurista:

Em sociedades democráticas, não é papel do Estado fomentar doutrinas religiosas. Quanto ao aborto, seguir ou não a orientação da igreja é decisão que cada brasileira tomará ao enfrentar o dilema de interromper uma gravidez indesejada. A laicidade do Estado impõe que a decisão seja acolhida pelo Ministério da Saúde, garantindo o pré-natal ou o acesso a um aborto legal e seguro. (...) Ser católico não impede que se seja laico, isto é, que se aceite que existem pessoas que pensam diferente e que também essas pessoas devem ter seus direitos garantidos pelo Estado (...).⁵⁹

Um dos representantes mais conhecidos da teologia da libertação, o frade dominicano brasileiro Carlos Alberto Libanio Christo, "Frei Betto", afirma que: "Embora contrário ao aborto, admito a sua descriminalização em certos casos e sou favorável ao mais amplo debate, pois se trata de um problema real e grave que afeta a vida de milhares de pessoas e deixa seqüelas físicas, psíquicas e morais".⁶⁰

O teólogo González Faus opina que:

(...) mais do que o moralista, a existência de situações-limites deve ser contemplada pelo legislador civil, que não está obrigado a assegurar toda a moralidade e sim a convivência pacífica, nem está obrigado a prescrever a heroicidade ou a procurar um 'melhor' inimigo do bem, senão que muitas vezes há de contentar-se em evitar o mal maior. E é possível que, nas atuais circunstâncias de nossa sociedade, a descriminalização legal do aborto seja um mal menor (...).⁶¹

⁵⁸ MIOTTO, Amida Bergamini. **O direito à vida. Desde que momento?**. Disponível em: <http://www.acidigital.com/vida/pilula/direito.htm>. Acesso em: 24 jul. 2007, às 18h32min.

⁵⁹ LOREA, Roberto Arriada. **É correta a posição da Igreja católica em relação ao aborto? Em defesa das liberdades laicas**. Disponível em: <http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=354306>. Acesso em: 17 jul. 2007, às 19h00min.

⁶⁰ CHRISTO, Carlos Alberto Libanio. **Aborto: por uma legislação em defesa da vida**. Disponível em: <http://leandrohubo.wordpress.com/2007/05/23/aborto-por-uma-legislacao-em-defesa-da-vida>. Acesso em: 23 jul. 2007, às 22h56min.

⁶¹ *Ibid.*

Declarou o bispo Duchène, presidente da Comissão Episcopal Francesa para a Família:

(...) lembro que todo aborto é a supressão de um ser humano. Não podemos esquecê-lo. Não quero, porém, substituir-me aos médicos que refletiram demoradamente no assunto em sua alma e consciência e que, confrontados com uma desgraça aparentemente sem remédio, tentam aliviá-la da melhor maneira, com o risco de se enganar (...).⁶²

A questão é ainda muito polêmica estando longe de alcançar passividade, tanto que uma recente decisão liminar, mas com eficácia imediata, favorável a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, proferida pelo Ministro Marco Aurélio, foi motivo de diversas críticas, inclusive pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), que é contrária a liberação do aborto nos casos de anencefalia, utilizando como um dos argumentos o fato de que o Estado brasileiro deve reconhecer a posição da Igreja como expressão da vontade dos seus cidadãos.

A CNBB em nota oficial pronunciou-se, no seguinte sentido:

A Presidência da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil foi surpreendida pela decisão solitária do Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal que, nos Autos de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, entendeu que não há crime de aborto nos casos de interrupção da gravidez de fetos anencéfalos. Desta forma, autorizou a interrupção voluntária da gestação de uma vida humana. Dada a gravidade do caso, a CNBB julga oportuno que tal decisão tivesse sido tomada após ampla reflexão por parte da sociedade e a participação do Plenário da Suprema Corte. A CNBB confia que o senso de Direito e de Justiça dos Membros do Supremo Tribunal Federal fará reverter a decisão ora tomada. De fato, a Vida humana, que se forma no seio da mãe, já é um novo sujeito de direitos e, por isso, tal vida deve ser respeitada sempre, não importando o estágio ou a condição em que ela se encontre.⁶³

Ao fundamentar sua decisão o Ministro Marco Aurélio argumentou que:

(...) quando é detectada a anencefalia em um bebê, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto,

⁶² *Ibid.*

⁶³ ABORTO Vinculante, decisão liminar do STF com efeito vinculante, declara “legal” o aborto de crianças anencéfalas. Disponível em <http://www.providaananapolis.org.br/abvinc.htm>. Acesso em: 15 jul. 2007, às 22h30min.

dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo (sic). Se assim é - e ninguém ousa contestar (sic) -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto - que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade.⁶⁴

O Padre Luiz Carlos Lodi da Cruz, Presidente do Pró-Vida de Anápolis – GO critica tal argumentação ao dizer que:

Note-se que, para Marco Aurélio, a criança anencéfala não é viva e nunca poderá tornar-se viva. Embora ela tenha um coração pulsando, embora reaja a estímulos nervosos, embora se movimente dentro do útero, embora se alimente e respire pela placenta, ela não tem vida! E mais: a ela nunca poderá tornar-se um ser vivo! Continuará sem vida, ainda que nasça, que respire com os próprios pulmões e que continue com o coração batendo por alguns minutos ou por alguns dias! E o Ministro está tão certo disso que, segundo ele, 'ninguém ousa contestar'!⁶⁵

Em outro caso de anencefalia, a Ministra Laurita Vaz, da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, deferiu liminarmente o *Habeas Corpus* impetrado em favor do nascituro, cassando a decisão do Tribunal de Justiça, que havia autorizado o aborto. Tal decisão fez com a mãe desistisse de abortar. A decisão da ministra foi aprovada por unanimidade pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo sido a primeira vez que o STJ pronunciou-se sobre o aborto eugênico.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, criticou o Superior Tribunal de Justiça ao relatar que: “por força de procedimentos postergatórios típicos da prática jurisdicional brasileira, perdeu a grande oportunidade de examinar uma questão de profundo impacto na sociedade brasileira”.⁶⁶

No mesmo sentido posicionou-se o Ministro Celso Mello, também do Supremo Tribunal Federal, dirigindo críticas à Igreja Católica:

O dogmatismo religioso, e digo isso porque a decisão que motivou esse Habeas Corpus foi provocada - e não questiono as razões do impetrante - mas foi provocada por um sacerdote católico, que postulou a adoção de medida diametralmente oposta àquela perseguida por essa jovem gestante. O dogmatismo religioso revela-se tão opressivo à liberdade das pessoas quanto à intolerância do Estado, pois ambos constituem meio de

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*

autoritária restrição à esfera de livre arbítrio e de autodeterminação das pessoas, que hão de ser essencialmente livres na avaliação de questões pertinentes ao âmbito de seu foro íntimo, notadamente em temas do direito que assiste à mulher, seja ao controle da sua própria sexualidade, e aí surge o tema dos direitos reprodutivos, seja sobre a matéria que confere o controle sobre a sua própria fecundidade.⁶⁷

Nota-se que mesmo diante de posições conflitantes e antagônicas, discutindo-se critérios éticos, religiosos, morais ou legais, há uma tendência em se dar legalidade ao aborto eugênico frente às anomalias graves e incuráveis.

8.5 ENSAIOS PARA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO EUGÊNICO: DOS PROJETOS DE LEI A JURISPRUDÊNCIAS

Antônio Francisco Cintra, Juiz de Direito da Comarca de Recife, PE, salienta que:

Em 1940, data em que entrou em vigor o atual Código Penal, a medicina não dispunha dos recursos que atualmente dispõe. Situações que no passado eram imprevisíveis, hoje podem ser antevistas. Naquela época, a medicina não havia avançado o suficiente para fornecer dados confiáveis sobre a saúde do feto e da impossibilidade de vida extra-uterina. Hoje, a ultra-sonografia e outros exames de alta precisão permitem um diagnóstico seguro.⁶⁸

Evidente que diante da evolução da sociedade e das tecnologias, tornou-se imperativa a adaptação do ordenamento jurídico, especialmente das leis penais, codificadas em 1940, aos novos comportamentos, por isso, a nova parte geral do Código Penal brasileiro encontra-se em fase de elaboração, inserindo-se, dentre dos muitos temas a serem examinados, o do aborto: conduta punível nos dias atuais, a teor dos Arts. 124 a 128 do referido estatuto, incluídos nos crimes contra a vida.

Thomaz Rafael Gallop, professor de Genética Médica na Universidade de São Paulo e Diretor do Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana, em matéria publicada no Boletim nº 12, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, intitulada

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ ABORTO permitido. Juiz autoriza retirada de feto com anencefalia. Disponível em: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona27/27cartarocha.htm>. Acesso em: 24 jul. 2007, às 19h10min.

“Ainda o aborto (legítimo) em razão da anomalia fetal”, esclareceu o seguinte:

A partir de minha experiência no atendimento de mais de 3 mil casais, em exames pré-natais para diagnóstico de malformações fetais, gostaria de introduzir um ângulo novo na discussão: o de que o aborto no Brasil é uma questão de saúde pública e basta examiná-la do prisma da medicina fetal para verificar a legislação atual, ignorando a evolução do conhecimento científico e dos costumes sociais, pune injustamente as camadas mais pobres da população.

Na maior parte dos casos, felizmente, os exames indicam que a saúde do feto é perfeitamente normal. Mas, excepcionalmente, pode-se detectar alguma anomalia e nossa posição nesses casos é que, como ocorre nos países desenvolvidos, seja permitida ao casal a opção de uma interrupção da gestação até 24 semanas. Isto, com atendimento médico e hospitalar adequado e sem que o médico, a paciente e sua família se vejam sob a ameaça de um Código Penal redigido e sancionado em 1940, com os valores da década dos 30, quando não havia nenhum meio de fazermos um diagnóstico preciso da saúde fetal.

As mudanças nos costumes e na tecnologia, nestes 53 anos, formam a nossa convicção de que é necessária e urgente uma adequação desse código anacrônico ao progresso científico. Dificilmente se chegará à unanimidade dos pontos de vista com relação a essa questão, mas é importante destacar a mudança verificada nas últimas duas décadas.⁶⁹

Cumprе destacar que está em tramitação no Congresso Nacional desde 1987 o anteprojeto de um novo Código Penal. A comissão formada por 12 membros e dividida em 03 subcomissões está tratando desta elaboração. Tendo ficado a cargo da subcomissão de São Paulo a parte dos Crimes Contra a Pessoa, contando esta com o apoio e orientação do Conselho Federal de Medicina.

Propõe-se que a interrupção da gravidez seja permitida por lei até a 12ª semana de gravidez, continuando a vigorar os dispositivos legais de permissão em caso de gravidez resultante de estupro ou com risco para a vida ou à saúde da gestante, além de se incluir a hipótese de má formação congênita fetal irreversível: é lícito o aborto se houver “fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais, devendo ser precedido de consentimento da gestante, ou quando menor incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro” (artigo 128, inciso III, §§ 1º e 2º).⁷⁰

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ FAY, Juliana Mattos. **Aborto Eugênico: Uma Questão a se Refletir**. Disponível em: <http://www.uj.com.br/Doutrina/texto.asp?action=doutrina&iddoutrina=1180>. Acesso em: 17 jul. 2007, às 19h10min.

Há além do anteprojeto do novo Código Penal, vários Projetos de Lei relativos ao tema, favoráveis ou não, encontram-se em trâmite no Congresso Nacional.

Tratar-se-á primeiramente dos Projetos de Lei Favoráveis ao Aborto, passando em seguida aos desfavoráveis.

O Projeto de Lei nº 4403 de 2004, de autoria da deputada Jandira Feghali e outros, acrescenta inciso ao art. 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal, isentando de pena a prática de "aborto terapêutico" em caso de anomalia do feto, incluindo o feto anencéfalo, que implique em impossibilidade de vida extra-uterina.

Projeto de Lei nº 4360 de 2004, do Senhor Doutor Pinotti, deputado, acrescenta inciso ao artigo 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, isentando de pena o aborto praticado por médico se o feto é portador de Anencefalia, comprovada por laudo independente de dois médicos.

Projeto de Lei 4304 de 2004, do deputado federal Eduardo Valverde, despenaliza a interrupção voluntária da gravidez, nas condições estabelecidas no referido Projeto de Lei e dá outras providências.

Projeto de Lei nº 21 de 2003, do deputado Roberto Gouveia, que suprime o artigo 124 do Código Penal Brasileiro, que caracteriza como crime o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento; alterando o Decreto - Lei nº 2.848, de 1940.

Passaremos a tratar agora dos Projetos de Lei desfavoráveis ao aborto:

Projeto de Lei nº 1459 de 2003, de autoria do deputado Severino Cavalcanti, acrescenta um parágrafo ao artigo 126 do Código Penal, aplicando pena de reclusão aos casos de abortos provocados em razão de anomalia na formação do feto ou "aborto eugênico".

Projeto de Lei nº 7235 de 2002, de autoria do mesmo deputado, revoga o art. 128 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, que autoriza a realização do aborto necessário no caso de não haver outro meio de

salvar a vida da gestante e no caso de gravidez resultante de estupro.

Os referidos Projetos de Lei podem ser verificados na íntegra no anexo desta Monografia.

No entanto a reformulação do Código Penal e análise desses projetos de lei dependem de muito tempo e da aprovação do Congresso Nacional. Conscientes desta situação, inúmeros médicos responsáveis em diversas cidades do país têm procurado aliar-se ao Poder Judiciário, no afã de obterem alvarás para a interrupção de gestação em casos de anomalias fetais graves.

Cabe ressaltar ainda, algumas jurisprudências pertinentes ao tema:

RECURSO - JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - GRAVIDEZ - MÁ FORMAÇÃO CONGÊNITA -INTERRUPÇÃO - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - Em se tratando de processo de jurisdição voluntária, em pedido de autorização judicial, possível que, na via recursal, adentre-se o mérito da causa, ainda que, pela decisão recorrida, tenha sido julgado extinto o processo, sem o exame da parte meritória, notadamente quando o caso subexamine está a exigir decisão urgente. - É de se autorizar a interrupção da gravidez em caso de constatação de feto com má formação congênita, Encefalocele Occipital, capaz de reduzir em 50% (cinquenta por cento) a probabilidade de nascimento com vida, e, na hipótese de sobrevivência, se houver possibilidade de ocorrer, em 90% (noventa por cento) dos casos, o retardo mental. - Na decisão judicial, melhor que se fique com a realidade, se existente descompasso entre esta e a norma jurídica. (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Processo nº 230209-6).⁷¹

EMENTA: AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ - MÁ-FORMAÇÃO DO FETO - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - POSSIBILIDADE DO PEDIDO - EVOLUÇÃO NECESSÁRIA DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA - VOTO VENCIDO. Afigura-se admissível a postulação em juízo de pedido pretendendo a interrupção de gravidez, por aborto ou outro meio médico-cirúrgico, no caso de se constatar a má-formação do feto, diagnosticada a ausência de calota craniana ou anencefalia, com previsão de óbito intra-uterino ou no período neonatal. Apesar de a situação de fato não se achar prevista no ordenamento jurídico pátrio, a sua anomalia específica exige a adequação dos princípios contidos na lei que permite a interrupção da gravidez pela prática do aborto necessário, ao avanço tecnológico da medicina, que antecipa a situação do feto em formação, sem possibilidade de vida

⁷¹ *Ibid.*

extra-uterina. (Apelação Cível nº 0275864-9/ Tribunal de Alçada de Minas Gerais).⁷²

RIO DE JANEIRO

MANDADO DE SEGURANÇA. ANENCEFALIA. ALVARÁ DE AUTORIZAÇÃO PARA QUE A REQUERENTE SEJA SUBMETIDA À CIRURGIA. PRESENÇA DO “FUMUS BONI IURIS” E DO “PERICULUM IN MORA”.

Se, os laudos médicos acusam a presença de feto anencéfalo, através de realização de exames de ultra-sonografia realizados em 21.03.2003, e em 25.03 do mesmo ano, demonstrando que a anencefalia é um defeito de fechamento da porção anterior do tubo neural, levando a não formação adequada do encéfalo e da calota craniana, de etiologia multi fatorial, é uma condição incompatível com a vida em 100% dos casos, levando a óbito intra-útero ou no período neonatal precoce e a gestação é freqüentemente complicada por polidramnia a qual se ocorrente no último trimestre poderá acarretar graves conseqüências para a saúde da gestante, justificada a necessidade de realização de cirurgia para remoção do feto anencefálico, conduta atípica por não atingir nenhum bem jurídico penalmente tutelado, presentes o “fumus boni iuris” e o “periculum in mora”, concede-se a segurança. (TJRJ, 8ª Câmara Criminal, processo nº 2003.004.00030, rel. Dês. Maria Raimunda T. Azevedo, votação unânime, julgado em 26/06/2003).⁷³

RIO GRANDE DO SUL

EMENTA: ABORTO. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INTERRUPTÃO TERAPÊUTICA DE GESTAÇÃO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO PELO JUIZ CRIMINAL, EM PRIMEIRO GRAU. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO CRIMINAL E, CONCOMITANTE, DE AGRAVO DE INSTRUMENTO, VISANDO A OBTENÇÃO DA MEDIDA ANTES DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO, DEFERIDA PELO RELATOR E CONFIRMADA PELA CÂMARA. O processo não é um fim em si mesmo, é instrumento à realização do direito, aliando-se a situação exposta, que é realmente gravíssima e não pode esperar o procedimento atinente a apelação criminal. Se, do ponto de vista médico, não há outra alternativa, senão a interrupção terapêutica de gestação, cabe ao juiz equacionar diante das circunstâncias únicas do caso e, juridicamente, encontrar solução, tanto para conhecimento do recurso, a falta de recurso adequado, como para seu julgamento, uma e outra vinculadas, no caso concreto, ao valor prevalecente da saúde e da vida da gestante. Estudos médicos, que demonstram a procedência do pedido e enfatizam a existência de sério risco a vida da gestante, além do estado do conceito, cuja saúde não se pode cientificamente estabelecer devido às múltiplas malformações, nem sua vida salvar, lamentavelmente. A existência de perigo atual à saúde da gestante e, para mais disso, de risco iminente a sua vida, em maior ou menor grau, são bastantes em si a caracterização da necessidade do aborto, como único meio seguro para resguardo da pessoa da gestante, caso não haja interrupção natural da gestação. Em medida

⁷² *Ibid.*

⁷³ QUINTELA, Daniela Pereira; ALCÂNTARA, Rosana dos Santos. Disponível em: http://www.advocaci.org.br/Inicial_Amicus_Acao_Civil_Publica.doc. Acesso em: 29jun. 2007, às 17h20min.

ou proporção adequada, deve-se exigir a existência de perigo sério à vida da gestante, entretanto, não a ponto de exigir que lhe seja iminente ou quase atual a própria morte, porque já então poderá ser tardia qualquer intervenção médica. Conhecimento e provimento do recurso. (15 fls.) (AGRAVO REGIMENTAL Nº 70002099836, CÂMARA DE FÉRIAS CRIMINAL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: DES. CARLOS CINI MARCHIONATTI, JULGADO EM 09/03/01).

PROCESSO - HC 32159 / RJ ; HABEAS CORPUS 2003/0219840-5 - Ministra LAURITA VAZ (1120) - T5 - QUINTA TURMA - 17/02/2004 - DJ 22.03.2004 p. 339 – Ementa - HABEAS CORPUS. PENAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ABORTO. NASCITURO ACOMETIDO DE ANENCEFALIA. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO. DECISÃO LIMINAR DA RELATORA RATIFICADA PELO COLEGIADO DEFERINDO O PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IDONEIDADE DO WRIT PARA A DEFESA DO NASCITURO.

1. A eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal acarreta a aplicação de pena corpórea máxima, irreparável, razão pela qual não há de se falar em impropriedade da via eleita; já que, como é cediço, o writ se presta justamente a defender o direito de ir e vir, o que, evidentemente, inclui o direito à preservação da vida do nascituro.

2. Mesmo tendo a instância de origem se manifestado, formalmente, apenas acerca da decisão liminar, na realidade, tendo em conta o caráter inteiramente satisfativo da decisão, sem qualquer possibilidade de retrocessão de seus efeitos, o que se tem é um exaurimento definitivo do mérito. Afinal, a sentença de morte ao nascituro, caso fosse levada a cabo, não deixaria nada mais a ser analisado por aquele ou este Tribunal.

3. A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia in malam partem. Há de prevalecer, nesses casos, o princípio da reserva legal.

4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.

5. Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal a quo, desautorizando o aborto; outrossim, pelas peculiaridades do caso, para considerar prejudicada a apelação interposta, porquanto houve, efetivamente, manifestação exaustiva e definitiva da Corte Estadual acerca do mérito por ocasião do julgamento do agravo regimental.⁷⁴

⁷⁴ GOMES, Márcia Pelisari. **O aborto perante a legislação pátria**. Disponível em:

Percebe-se cada vez mais a tendência dos juízes a autorizarem a prática do aborto, especialmente quando se trata de anencefalia, como pode ser constatado por meio de decisões favoráveis, promovendo uma revolução jurídica no país.

José Henrique Rodrigues Torres, juiz titular da Vara do Júri de Campinas, autorizou sozinho, 60 (sessenta) abortos de fetos que não tinham chance de sobreviver após o parto.

Segundo este jurista:

Hoje os juristas estão mais preocupados com os princípios do que com a lei. Não somos escravos dela. Por isso, já dei mais de 60 alvarás para abortos em casos de doenças fatais, embora isso não esteja previsto no Código Penal. Não acho que eu esteja autorizando um crime. O que faço é não punir uma mulher nessa situação terrível.⁷⁵

O juiz Miguel Kfoury Neto, em dezembro de 1992, concedeu alvará permitindo-se a interrupção da gravidez de um feto portador de anencefalia, tendo sido pioneiro em tal decisão, abrindo precedente para diversos outros juízes tomarem decisão idêntica.

O ginecologista Anibal Faúndes, da Universidade Estadual de Campinas, foi um dos primeiros a fazer aborto em casos de anomalia fetal no Centro de Apoio Integral à Saúde da Mulher, o Caism, um departamento da Unicamp, tendo sido tachado de aborteiro, chegou a ser processado em 1994. O processo foi concluído em 1999, e o Caism absolvido.

Uma pesquisa realizada pelo médico e geneticista do Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana de São Paulo, Marcos Frigério, mostra que cada vez mais, os juízes de primeira instância encontram brechas jurídicas para autorizar abortos. Em seu estudo foram analisadas 249 sentenças, julgadas por 48 juízes, constatando

<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1094>. Acesso em: 29 jul. 2007, às 11h45min.

⁷⁵ DAFLON, Rogério. **O parto da Justiça**. Disponível em:

<http://epoca.globo.com/edic/19990913/soci1c.htm>. Acesso em: 20 jul. 2007, às 16h15min.

que:⁷⁶

- Os juízes autorizaram o aborto em 95% dos casos.
- O primeiro alvará saiu em 1989, em Rondônia.
- O segundo foi concedido em 1991, em Mato Grosso.
- Três anos depois, foram dadas 18 autorizações, em sete Estados.
- De 1996 para cá, contabilizaram-se 173 alvarás, em oito Estados.
- Em 70% dos casos, o feto tinha anencefalia.
- Calcula-se que já existam mais de 400 alvarás no Brasil.

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), o Brasil é o quarto país do mundo em partos de anencéfalos, perdendo para o México, Chile e Paraguai. E ainda, segundo a Febrasgo, estima-se que, desde 1989 pelo menos três mil processos autorizaram mulheres a interromper a gestação em caso da má-formação do feto, não sendo este número representativo do total de casos, uma vez que nem todas as mulheres anteciparam o parto tendo solicitado autorização judicial.⁷⁷

Um levantamento comparativo feito pela Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia mostrou que, em 1970, cerca de 35% dos médicos eram favoráveis a uma lei que permitisse a interrupção da gravidez por anomalia fetal. Hoje 90% dos obstetras pensam dessa forma, constatando assim, que houve uma evolução do pensamento médico, ditada por todo tipo de informação e pelos avanços tecnológicos, mas não acompanhado pela lei penal nem por setores influentes da sociedade. O que se tem observado é que em 95% dos casos, diante de uma anomalia fetal grave, a opção do casal é pela interrupção da gestação, ainda que ela não seja legal em nosso meio.⁷⁸

Nas decisões que deferiram os pedidos dois posicionamentos podem ser identificados. O primeiro deles sustenta que o pedido de autorização do aborto eugênico não encontra disposição expressa em nosso ordenamento penal, mas deve ser deferido ante a inviabilidade da vida extra-uterina do feto e os danos

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ CANTARINO, Carolina. **Mulher ou sociedade: quem decide sobre o aborto?** . Disponível em: <http://www.comciencia.br/reportagens/2005/05/05.shtml>. Acesso em: 24 jul. 2007, às 18h17min.

⁷⁸ ABORTO permitido. Juiz autoriza retirada de feto com anencefalia. Disponível em: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona27/27cartarocha.htm>, em 24.07.07, às 19h10min.

psicológicos causados à gestante, não se podendo censurar o comportamento por inexigibilidade da conduta conforme o dever. Outro apregoa que o dano psicológico à gestante, desde que comprovado, acarreta risco à saúde da mesma, inserindo a hipótese no aborto necessário. Um argumento que paira em todas as autorizações, é o de que é difícil obrigar a mulher a carregar no ventre uma deformação sem chance de sobrevida, os juízes temem que as grávidas recorram a clínicas clandestinas.

Enquanto que nas decisões denegatórias, sustenta-se a impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que o aborto eugênico não encontra guarida na legislação penal brasileira.

Estes alvarás referem-se as mais variadas anomalias, todas incompatíveis com uma sobrevida da criança. E em sua maior parte à anencefalia.

No Brasil, ao contrário de países de primeiro mundo, onde o Estado assume o ônus do deficiente, a responsabilidade recai fundamentalmente sobre a família, porque o Estado brasileiro se omite de maneira dúplice, praticamente não existe informação dos riscos à disposição da população e é reduzidíssima a disponibilidade dos exames necessários ao diagnóstico precoce. O problema social se agrava porque justamente as famílias mais pobres com menos condições de arcar com o ônus do deficiente são também as que têm menos acesso tanto à informação quanto aos exames especializados.

Segundo pesquisa divulgada pela Organização Mundial de Saúde, seis milhões de mulheres praticam [aborto](#) induzido na América Latina todos os anos. Dessas, 1,4 milhões são brasileiras e uma em cada 1.000 morre em decorrência do aborto, haja vista que a maioria dos procedimentos são ilegais e feitos na clandestinidade e freqüentemente em condições perigosas.⁷⁹

A situação de clandestinidade do aborto, longe de impedir ou reduzir a sua prática, tem-se prestado tão somente a colocar a vida das mulheres em risco, sendo as complicações resultantes do aborto a quarta causa de morte materna no Brasil.⁸⁰

⁷⁹ A questão do aborto na América Latina. Os números da clandestinidade. Disponível em: <http://boasaude.uol.com.br/lib/ShowDoc.cfm?LibDocID=3769&ReturnCatID=690>. Acesso em: 27 jul. 2007, às 14h10min.

⁸⁰ NOSSA opinião – Aborto Legal e Seguro: as mulheres decidem, a sociedade respeita, o Estado garante. Disponível em: http://www2.abong.org.br/final/informes_pag.php?cdm=14363. Acesso em:

Não obstante há que ser observado que o abortamento há muito passou a ser problema de saúde pública e não simplesmente da lei penal, pois como dito anteriormente, a clandestinidade é uma grave realidade no Brasil.

Todavia, enquanto médicos e juristas lutam por uma ampliação das causas ensejadoras do aborto legal, discute-se por parte de alguns representantes de nosso Poder Legislativo a supressão das duas excludentes de criminalidade previstas no atual Código Penal.

Em relação ao aborto necessário, pondera-se que mesmo suprimindo a excludente específica constante do tipo penal, a hipótese estaria acobertada pelo estado de necessidade, que se aplica a todos os crimes, não acarretando a alteração legislativa consequências graves.

O mesmo não se pode afirmar quanto ao aborto sentimental, uma vez que suprimida a excludente, vedado estaria à prática da interrupção da gravidez, o que agravaria a situação das mulheres vítimas de estupro, que não mais poderiam se utilizar dos serviços médicos dedicados a este fim, sendo forçadas a recorrer à clandestinidade, sujeitando-se aos riscos dela decorrentes.

Esse posicionamento parece-nos completamente desvirtuado da realidade brasileira, representando um verdadeiro retrocesso. Merecem aplausos, entretanto, os legisladores que pretendem ampliar o rol das possibilidades, incluindo o aborto eugênico como mais uma excludente de criminalidade.

Não se trata de defender a legalização indiscriminada do aborto. O aborto provocado é um método cirúrgico que, além de ceifar uma vida, causa sérios danos físicos e psicológicos à gestante. Não se cuida de método contraceptivo adequado. Sob esse aspecto, cabe à saúde pública disseminar os métodos anticoncepcionais, orientando a população sobre os riscos e benefícios de seu uso.

Não se trata também de purificar uma raça desprezando-se os desafortunados como querem alguns, pois o fato de querermos crianças saudáveis e perfeitas “não nos autoriza a retirar, de seres deficientes o direito à vida. A vida de um deficiente necessita, antes de tudo, de proteção e nunca de repressão. Ninguém

é tão desprezível, inútil e insignificante que mereça a morte”.⁸¹ Todavia, nas hipóteses de anomalias fetais graves e incuráveis, não há que se falar em vida, pois ela não existirá.

Porém, não há como negar que essas anomalias, em sua grande maioria, não encontram no ordenamento legal o devido respaldo para a prática abortiva, residindo aqui, o enfoque racional do problema: deve o Direito Penal intervir na problemática da interrupção de uma gestação anencefálica? Deve ser punida uma gestante que, ao saber que seu filho está marcado por tal anomalia congênita, opte pela interrupção? E, a guisa, o profissional da medicina? A resposta não é tão simples como “a favor” ou “contra”. Com efeito, cada caso merece uma abordagem específica, apoiada em dados empíricos e norteadas pelos fins político-criminais que informam as categorias do Direito Penal. Só assim, e somente assim, é que se poderá obter uma resposta satisfatória tanto do ponto de vista sistemático como de acordo com a realidade fática.

⁸¹ FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. São Paulo: Fundo Editorial Byk-Prociencx, 1975, p.129.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante o exposto, faz-se possível chegar às seguintes conclusões a cerca da pesquisa realizada:

1. A tendência moderna é a liberalização em matéria de aborto. As legislações que regem o tema variam entre os sistemas de proibição estrita e os que permitem em termos relativamente amplos a liberdade da prática abortiva, obedecidos a um limite de tempo após a concepção.

2. O atual Código Penal Brasileiro permite a prática do aborto para salvar a vida gestante, e também na hipótese de gravidez resultante de estupro, incriminado as demais formas. Embora seja comum entre nós a prática do aborto, o que demonstra a inconsistência entre o sistema de valores adotado e a realidade.

3. O conceito de aborto não é unânime entre os juristas e médicos, definindo-o Magalhães de Noronha, como “a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção”.⁸²

4. Em face do nosso Código Penal, o aborto é crime material que se consuma com a efetiva ocisão do feto ou a interrupção da gravidez e conseqüente morte deste. Não sendo necessário para a sua caracterização a expulsão do feto.

5. Os juristas brasileiros, em sua maioria, referem-se ao momento da

⁸² NORONHA, Edgar Magalhães. *op. cit.*, p.57.

concepção como o marco inicial da vida.

6. No Direito brasileiro o nascituro é titular de direitos desde a sua concepção, devendo ser protegido desde o útero materno. Por outro lado, o aborto se justifica, diante da proteção de direitos personalíssimos da gestante que sejam considerados mais relevantes que o do nascituro - aborto necessário, sentimental e eugênico.

7. O momento consumativo do crime de aborto é a interrupção da gravidez e conseqüente morte do feto.

8. A incriminação do aborto busca a proteção dos mais diversos bens jurídicos e sua classificação na sistemática dos Códigos dependerá da preponderância que se dê a este ou aquele bem jurídico. Sendo classificado de diferentes formas em diversos países.

9. Entre nós, o crime de aborto admite o dolo genérico e eventual, não se punindo a forma culposa.

10. Diversos são os meios utilizados para a prática do aborto, dividindo-se em três principais grupos: químico, físico e psíquico. É necessário o nexo de causalidade entre o meio utilizado e o resultado da infração penal.

11. Nosso Código Penal prevê três modalidades de aborto criminoso: auto-aborto - praticado pela gestante seja ou não instigada ou auxiliada por outrem-; aborto consentido pela gestante - terceiro o executa com o consentimento válido da gestante-; e aborto da dissenciente - praticado a contragosto da gestante.

12. Disciplina duas causas de exclusão da antijuridicidade do aborto - aborto necessário (art. 128, I) - quando a interrupção da gravidez é absolutamente necessária para se evitar a morte da gestante, considerando-se a hipótese como estado de necessidade; e - aborto sentimental (art. 128, II) - gravidez resultante de estupro, funda-se em razões de cunho emocional e ético.

13. O aborto social não pode ser encarado como um estado de necessidade, não se justificando a sua prática. Por outro lado, o problema deve ser resolvido por medidas sociais que possibilitem à gestante desenvolver a sua gravidez com condições de cumprir com a função da maternidade, além da Administração Pública promover campanhas conscientizadoras sobre o uso de métodos contraceptivos e torná-los acessíveis a todas as camadas sociais.

14. A palavra eugenia foi por muito tempo considerada um tabu, devido o seu uso na Alemanha, durante o período nacional-socialista, onde com a lei para purificação da raça, introduziram-se as causas de indicação eugênica, para que nascessem somente “super homens”.⁸³

15. Atualmente a palavra eugenia é usada no sentido de “impedir o nascimento de seres infelizes marcados por uma carga degenerativa”.⁸⁴

16. O embasamento jurídico da indicação eugênica é um problema que a maioria dos autores tem se posicionado para que haja uma causa de justificação equivalente ao estado de necessidade.

17. Nos dias de hoje as malformações congênitas e enfermidades hereditárias afetam aproximadamente 5% dos nascimentos⁸⁵, sendo a anencefalia a doença que motivou maior número de autorizações de interrupção da gravidez na atualidade.

18. A medicina através do diagnóstico pré-natal, com técnicas avançadas atende as mais diversas finalidades, quer para preservar a vida da gestante, quer para possibilitar as providências corretivas do embrião, quer ainda para identificar no feto anomalias incuráveis. Neste último caso justifica-se o aborto eugênico.

19. Mesmo diante de posições conflitantes e antagônicas, discutindo-se critérios éticos, religiosos, morais ou legais, há uma tendência em se dar legalidade ao aborto eugênico frente às anomalias graves e incuráveis.

⁸³ FRANCO, Alberto Silva. *op. cit.*, p. 20.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ BONÉ, Edouard *apud* FRANCO, Alberto Silva. *op.cit.*, p. 24

20. Está em tramitação no Congresso Nacional desde 1987 o anteprojeto de um novo Código Penal, que além de repetir os dispositivos legais de permissão do aborto, inclui a hipótese do aborto eugênico. Havendo ainda diversos projetos de leis relativos ao tema. No entanto, enquanto esses não são aprovados, inúmeros médicos têm procurado aliar-se ao Poder Judiciário no afã de obterem alvará para a interrupção da gestação em casos de anomalias fetais graves.

21. A pesquisa realizada pelo médico e geneticista do Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana de São Paulo, Marcos Frigério, mostra que cada vez mais, os juízes de primeira instância encontram brechas jurídicas para autorizar abortos. Nas decisões que deferiram o pedido dois posicionamentos podem ser identificados, o primeiro sustenta que mesmo não havendo disposição expressa no Código Penal, o pedido deve ser deferido com fulcro na inexigibilidade da conduta conforme o dever, o segundo apregoa que a hipótese enquadra-se como aborto necessário. Enquanto que nas decisões denegatórias sustenta-se a impossibilidade jurídica do pedido.

22. Dessa forma, não se trata de defender a legalização indiscriminada do aborto, vez que, o aborto provocado é um método cirúrgico que, além de ceifar uma vida, causa sérios danos físicos e psicológicos à gestante.

REFERÊNCIAS

ABORTO Vinculante, decisão liminar do STF com efeito vinculante, declara “legal” o aborto de crianças anencéfalas. Disponível em <http://www.providaanapolis.org.br/abvinc.htm>. Acesso em: 15. jul. 2007.

ABORTO permitido. Juiz autoriza retirada de feto com encefalia. Disponível em: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona27/27cartarocha.htm>. Acesso em: 24. jul. 2007.

A Questão do aborto na América Latina – Os Números da Clandestinidade. Disponível em: <http://boasaude.uol.com.br/lib/ShowDoc.cfm?LibDocID=3769&ReturnCatID=690>. Acesso em: 27 jul. 2007.

BRUNO, Aníbal. **Crimes Contra a Pessoa**. 4. ed., Rio de Janeiro: Rio, 1976.

CÂMARA dos Deputados. Projetos de Lei e Outras Proposições. Disponível em <http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes>. Acesso em: 29 jul. 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 4.ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. II.

CANTARINO, Carolina. **Mulher ou sociedade: quem decide sobre o aborto?**. Disponível em: <http://www.comciencia.br/reportagens/2005/05/05.shtml>. Acesso em: 24 jul. 2007.

CHRISTO, Carlos Alberto Libanio. **Aborto: por uma legislação em defesa da vida.** Disponível em: <<http://leandrohubo.wordpress.com/2007/05/23/aborto-por-uma-legislacao-em-defesa-da-vida>>. Acesso em: 23 jul. 2007.

DAFLON, Rogério. **O parto da Justiça.** Disponível em: <<http://epoca.globo.com/edic/19990913/soci1c.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2007.

DIREITO ao abortamento necessário. Vara do Júri e execuções Criminais da Comarca de Campinas, São Paulo. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20ii/abortprocess.htm>>. Acesso em: 17 jul.2007.

FAY, Juliana Mattos. **Aborto Eugênico: Uma Questão a se Refletir.** Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=1180>>. Acesso em: 17 jul. 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal.** 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, vol. V.

FRANCO. Alberto Silva. **Aborto por Indicação Eugênica.** In: LEX, nº 132, p. 09-28.

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico.** São Paulo, Fundo Editorial BYK Prociencx, 1975

GOMES, Márcia Pelisari. **O Aborto perante a legislação pátria.** Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1094>>. Acesso em: 29 jul. 2007.

HAERING, Bernhard, CSSR. **Medicina e Manipulação.** Trad. De Honório Dalbosco. São Paulo: Paulinas, 1977.

HABIB, Sérgio. **O Aborto Por Anencefalia e a Cassação Da Liminar do Ministro Marco Aurélio** CONSULEX, revista 188, p.07. Ano VIII, nº 188, 15 de novembro de 2004. *CD-ROM*

HACKMANN, Geraldo Luiz Borges. **É correta a posição da Igreja Católica em relação ao aborto? Uma vida a ser defendida.** Disponível em: <<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=354306>>. Acesso em: 17 jul. 2007.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, vol. V.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 17 ed. , São Paulo: Saraiva, 1995, vol. II.

JUNKES, Maria Bernadete; SANTOS, Maria Lindomar dos. **Trabalhos Acadêmicos: A facilidade em desenvolvê-los**. Rolim de Moura: D'press, 2007.

LIMA, Teófilo Lourenço de. **Manual básico para elaboração de monografia**. 3 ed. , Canoas: ULBRA, 2002.

LOREA, Roberto Arriada. **È correta a posição da Igreja Católica em relação ao aborto?. Em defesa das liberdades laicas**. Disponível em: <http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=354306>. Acesso em: 17 jul. 2007.

MAMMANA, Caetano Zamitti. **O aborto**. São Paulo: Letras, 1969, vol. I.

MARCÃO, Renato. **O aborto no anteprojeto de Código Penal**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2961>>. Acesso em: 20 mar. 2007.

MARREY, Adriano. **“O crime de aborto”**. In RT, v.329.

MENEZES, Glauco Cidrack do Vale. **Aborto Eugênico: alguns aspectos jurídicos**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5622>. Acesso em: 23 jun. 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas S.A, 1999, vol. II.

MIOTTO, Amida Bergamini. **O direito à vida. Desde que momento?**. Disponível em: <http://www.acidigital.com/vida/pilula/direito.htm>>. Acesso em: 24 jul. 2007.

NINNO, Wilson. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. RT, 1980, vol. II, p. 423.

NOSSA opinião - Aborto Legal e Seguro: as mulheres decidem, a sociedade respeita o Estado garante. Disponível em: <http://www2.abong.org.br/final/informes_pag.php?cdm=14363>. Acesso em: 27 jun 2007.

NORONHA, Edgar Magalhães de. **Direito Penal**. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 1976, vol. II.

PERGUNTAS mais freqüentes sobre anencefalia. Disponível em: <<http://www.anencephalie-info.org/p/perguntas.htm#per1>>. Acesso em: 19 jul. 2007.

PROCHMAN, Viviane Bassetti. Anencefalia: É Possível Ter Certeza? Disponível em: <<http://www.sogipa.org.br/htmls/atualidades/artigos/24-n07/anencefalia.asp>>. Acesso em: 19 jun. 2007.

QUINTELLA, Daniela Pereira; ALCÂNTARA, Rosana Dos Santos. Disponível em: <http://www.advocaci.org.br/Inicial_Amicus_Acao_Civil_Publica.doc>. Acesso em: 29 jul. 2007.

SIQUEIRA, Geraldo Batista de. **Aborto humanitário: autorização judicial.** *In* RT, v. 675.

SUPREMO Tribunal Federal. **Ministro do STF permite antecipação de parto de feto sem cérebro.** Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=96961&tip=UN>>. Acesso em: 15 jun. 2007.

WIKIPÉDIA, **A enciclopédia livre. Anencefalia.** Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Anencefalia>>. Acesso em: 19 jul. 2007.

ÍNTEGRA DA DECISÃO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO

MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
ARGUENTE(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA
SAÚDE - CNTS
ADVOGADO(A/S) : LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO(A/S)
DECISÃO-LIMINAR

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - LIMINAR -
ATUAÇÃO INDIVIDUAL - ARTIGOS 21, INCISOS IV E V, DO REGIMENTO
INTERNO E 5º, § 1º, DA LEI Nº 9.882/99.
LIBERDADE - AUTONOMIA DA VONTADE - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA -
SAÚDE - GRAVIDEZ - INTERRUPÇÃO - FETO ANENCEFÁLICO.

1. Com a inicial de folha 2 a 25, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS formalizou esta argüição de descumprimento de preceito fundamental considerada a anencefalia, a inviabilidade do feto e a antecipação terapêutica do parto. Em nota prévia, afirma serem distintas as figuras da antecipação referida e o aborto, no que este pressupõe a potencialidade de vida extra-uterina do feto. Consigna, mais, a própria legitimidade ativa a partir da norma do artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/99, segundo a qual são partes legítimas para a argüição aqueles que estão no rol do artigo 103 da Carta Política da República, alusivo à ação direta de inconstitucionalidade. No tocante à pertinência temática, mais uma vez à luz da Constituição Federal e da jurisprudência desta Corte, assevera que a si compete a

defesa judicial e administrativa dos interesses individuais e coletivos dos que integram a categoria profissional dos trabalhadores na saúde, juntando à inicial o estatuto revelador dessa representatividade. Argumenta que, interpretado o arcabouço normativo com base em visão positivista pura, tem-se a possibilidade de os profissionais da saúde virem a sofrer as agruras decorrentes do enquadramento no Código Penal. Articula com o envolvimento, no caso, de preceitos fundamentais, concernentes aos princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e autonomia da vontade bem como os relacionados com a saúde. Citando a literatura médica aponta que a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivência de, no máximo, algumas horas após o parto. A permanência de feto anômalo no útero da mãe mostrar-se-ia potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde e à vida da gestante. Consoante o sustentado, impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade humana - a física, a moral e a psicológica - e em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde, tal como proclamada pela Organização Mundial da Saúde - o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença. Já os profissionais da medicina ficam sujeitos às normas do Código Penal - artigos 124, 126, cabeça, e 128, incisos I e II -, notando-se que, principalmente quanto às famílias de baixa renda, atua a rede pública.

Sobre a inexistência de outro meio eficaz para viabilizar a antecipação terapêutica do parto, sem incompreensões, evoca a Confederação recente acontecimento retratado no Habeas Corpus nº 84.025-6/RJ, declarado prejudicado pelo Plenário, ante o parto e a morte do feto anencefálico sete minutos após. Diz da admissibilidade da ANIS - Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero como *amicus curiae*, por aplicação analógica do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99.

Então, requer, sob o ângulo acautelador, a suspensão do andamento de processos ou dos efeitos de decisões judiciais que tenham como alvo a aplicação dos dispositivos do Código Penal, nas hipóteses de antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos, assentando-se o direito constitucional da gestante de se submeter a procedimento que leve à interrupção da gravidez e do profissional de saúde de realizá-lo, desde que atestada, por médico habilitado, a ocorrência da anomalia. O pedido final visa à declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848/40 - como impeditiva da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de assim agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado. Sucessivamente, pleiteia a argüente, uma vez rechaçada a pertinência desta medida, seja a petição inicial recebida como reveladora de ação direta de inconstitucionalidade. Esclarece que, sob esse prisma, busca a interpretação conforme a Constituição Federal dos citados artigos do Código Penal, sem redução de texto, aduzindo não serem adequados à espécie precedentes segundo os quais não cabe o controle concentrado de constitucionalidade de norma anterior à Carta vigente.

A argüente protesta pela juntada, ao processo, de pareceres técnicos e, se conveniente, pela tomada de declarações de pessoas com experiência e autoridade na matéria. A peça, subscrita pelo advogado Luís Roberto Barroso, credenciado conforme instrumento de mandato - procuração - de folha 26, anexaram-se os documentos de folha 27 a 148.

O processo veio-me concluso para exame em 17 de junho de 2004 (folha 150). Nele lancei visto, declarando-me habilitado a votar, ante o pedido de concessão de medida acauteladora, em 21 de junho de 2004, expedida a papeleta ao Plenário em 24 imediato.

No mesmo dia, prolatei a seguinte decisão:

AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - INTERVENÇÃO DE TERCEIRO - REQUERIMENTO - IMPROPRIEDADE.

1. Eis as informações prestadas pela Assessoria:

A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB - requer a intervenção no processo em referência, como amicus curiae, conforme preconiza o § 1º do artigo 6º da Lei 9.882/1999, e a juntada de procuração. Pede vista pelo prazo de cinco dias.

2. O pedido não se enquadra no texto legal evocado pela requerente. Seria dado versar sobre a aplicação, por analogia, da Lei nº 9.868/99, que disciplina também processo objetivo - ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Todavia, a admissão de terceiros não implica o reconhecimento

de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno. Eis a inteligência do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, sob pena de tumulto processual. Tanto é assim que o ato do relator, situado no campo da prática de ofício, não é suscetível de impugnação na via recursal.

3. Indefiro o pedido.

4. Publique-se.

A impossibilidade de exame pelo Plenário deságua na incidência dos artigos 21, incisos IV e V, do Regimento Interno e artigo 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, diante do perigo de grave lesão.

2. Tenho a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS como parte legítima para a formalização do pedido, já que se enquadra na previsão do inciso I do artigo 2º da Lei nº 9.882, de 3 de novembro de 1999. Incumbe-lhe defender os membros da categoria profissional que se dedicam à área da saúde e que estariam sujeitos a constrangimentos de toda a ordem, inclusive de natureza penal.

Quanto à observação do disposto no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, ou seja, a regra de que não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, é emblemático o que ocorreu no Habeas Corpus nº 84.025-6/RJ, sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa. A situação pode ser assim resumida: em Juízo, gestante não logrou a autorização para abreviar o parto. A via-crúcis prosseguiu e, então, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a relatora, desembargadora Giselda Leitão Teixeira, concedeu liminar, viabilizando a interrupção da gestação. Na oportunidade, salientou:

A vida é um bem a ser preservado a qualquer custo, mas, quando a vida se torna inviável, não é justo condenar a mãe a meses de sofrimento, de angústia, de desespero.

O Presidente da Câmara Criminal a que afeto o processo, desembargador José Murta Ribeiro, afastou do cenário jurídico tal pronunciamento. No julgamento de fundo, o Colegiado sufragou o entendimento da relatora, restabelecendo a autorização. Ajuizado habeas corpus, o Superior Tribunal de Justiça, mediante decisão da ministra Laurita Vaz, concedeu a liminar, suspendendo a autorização. O Colegiado a que integrado a relatora confirmou a óptica, assentando:

HABEAS CORPUS. PENAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ABORTO. NASCITURO ACOMETIDO DE ANENCEFALIA. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO.

DECISÃO LIMINAR DA RELATORA RATIFICADA PELO COLEGIADO DEFERINDO O PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IDONEIDADE DO WRIT PARA A DEFESA DO NASCITURO.

1. A eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal acarreta a aplicação de pena corpórea máxima, irreparável, razão pela qual não há se falar em impropriedade da via eleita, já que, como é cediço, o writ se presta justamente a defender o direito de ir e vir, o que, evidentemente, inclui o direito à preservação da vida do nascituro.
2. Mesmo tendo a instância de origem se manifestado, formalmente, apenas acerca da decisão liminar, na realidade, tendo em conta o caráter inteiramente satisfativo da decisão, sem qualquer possibilidade de retrocessão de seus efeitos, o que se tem é um exaurimento definitivo do mérito. Afinal, a sentença de morte ao nascituro, caso fosse levada a cabo, não deixaria nada mais a ser analisado por aquele ou este Tribunal.
3. A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia in malam partem. Há de prevalecer, nesse casos, o princípio da reserva legal.
4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.
5. Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal a quo, desautorizando o aborto; outrossim, pelas peculiaridades do caso, para considerar prejudicada a apelação interposta, porquanto houve, efetivamente, manifestação exaustiva e definitiva da Corte Estadual acerca do mérito por ocasião do julgamento do agravo regimental.

Daí o habeas impetrado no Supremo Tribunal Federal. Entretanto, na assentada de julgamento, em 4 de março último, confirmou-se a notícia do parto e, mais do que isso, de que a sobrevivência não ultrapassara o período de sete minutos.

Constata-se, no cenário nacional, o desencontro de entendimentos, a desinteligência de julgados, sendo que a tramitação do processo, pouco importando a data do surgimento, implica, até que se tenha decisão final - proclamação desta Corte -, espaço de tempo bem superior a nove meses, período de gestação. Assim, enquadra-se o caso na cláusula final do § 1º em análise. Qualquer outro meio para sanar a lesividade não se mostra eficaz. Tudo recomenda que, em jogo tema da maior relevância, em face da Carta da República e dos princípios evocados na inicial, haja imediato crivo do Supremo Tribunal Federal, evitando-se decisões discrepantes que somente causam perplexidade, no que, a partir de idênticos fatos e normas, veiculam enfoques diversificados. A unidade do Direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional. Atendendo a petição inicial os requisitos que lhe são inerentes - artigo 3º da Lei nº 9.882/99 -, é de se dar seqüência ao processo.

Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entrementes, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevida, os efeitos da deficiência. Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é - e ninguém ousa contestar -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto - que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial da Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social. Daí cumprir o afastamento do quadro, aguardando-se o desfecho, o julgamento de fundo da própria argüição de descumprimento de preceito fundamental, no que idas e vindas do processo acabam por projetar no tempo esdrúxula situação.

Preceitua a lei de regência que a liminar pode conduzir à suspensão de processos em curso, à suspensão da eficácia de decisões judiciais que não hajam sido cobertas pela preclusão maior, considerada a recorribilidade. O poder de cautela é ínsito à jurisdição, no que esta é colocada ao alcance de todos, para afastar lesão a direito ou ameaça de lesão, o que, ante a organicidade do Direito, a demora no desfecho final dos processos, pressupõe atuação imediata. Há, sim, de formalizar-se medida acauteladora e esta não pode ficar limitada a mera suspensão de todo e qualquer procedimento judicial hoje existente. Há de viabilizar, embora de modo precário e efêmero, a concretude maior da Carta da República, presentes os valores em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie.

3. Ao Plenário para o crivo pertinente.

4. Publique-se.

Brasília, 1º de julho de 2004, às 13 horas.

Ministro MARCO AURÉLIO
Relator

PROJETOS DE LEIS

PROJETO DE LEI N° 4403, 2004
(Da Dep. Jandira Feghali e Outros)

Acrescenta inciso ao art. 128 do Decreto -
 Lei 2848, de 07 de dezembro de 1940 -
 Código Penal.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º - O art. 128 do Decreto – Lei 2848, de 07 de dezembro de 1940, Código Penal, fica acrescido do seguinte inciso III:

“ Art. 128

Aborto Terapêutico

III – Houver evidência clínica embasada por técnica de diagnóstico complementar de que o nascituro apresenta grave e incurável anomalia, que implique na impossibilidade de vida extra uterina.”

Art. 9º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O Código Penal, em seu art. 124, criminaliza a prática de aborto, impondo pena de detenção, de um a três anos a quem “provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque”. O art. 128, porém, prevê dois casos em que o aborto não é considerado crime: “se não há outro meio de salvar a vida da gestante” e “se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

Hoje é grande o clamor da sociedade no sentido de permitir o aborto nos casos de gravidez de feto anencéfalo. Mesmo sob a evidência científica de que o

feto não terá vida extra uterina por mais de 48 horas as mulheres brasileiras são obrigadas a levar a termo a gestação de feto anencéfalo. Na prática transforma uma fase de extrema felicidade na vida das mulheres num martírio psicológico ao se constatar que a gravidez não resultará no convívio com o filho.

Devemos dar a opção para que cada mulher possa decidir se terá ou não condições físicas e psicológicas para levar a termo a gravidez. Tal opção poderá significar, para muitas, condições psicológicas mais adequadas a uma nova tentativa. Lembro, ainda, que a alteração proposta não obriga nenhuma mulher a se submeter ao aborto terapêutico no caso em questão, apenas lhes dá esta opção. Acredito que negar-lhes esta opção é um retrocesso e aprofunda o abismo criado entre direitos de homens e mulheres. É papel do Congresso Nacional debater o assunto e aprovar uma legislação avançada, que responda aos verdadeiros anseios da sociedade brasileira.

Sala das Sessões, em de Novembro de 2004.
Deputada JANDIRA FEGHALI
PC do B/RJ

PROJETO DE LEI N° 4360, 2004 (Do Sr. Dr. Pinotti)

Acrescenta inciso ao artigo 128 do
Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de
1940.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º É isenta de ilicitude a interrupção da gravidez em caso de gestante portadora de feto anencéfalo.

Art. 2º O art. 128 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

“Art. 128.....

I -.....

II -.....

III – se o feto é portador de anencefalia, comprovada por laudos independentes de dois médicos (NR).”

Art.3º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

.

JUSTIFICAÇÃO

Tradicionalmente tratadas como cidadãs de segunda classe, as mulheres enfrentam situação de injustiça e de discriminação em nossa sociedade, comprovada em fatos como: preconceitos, salários menores, jornadas sucessivas de trabalho, menores índices de escolaridade, agressões e violências, discriminação profissional, assédio direto e indireto, responsabilidade pelo sustento de famílias, altas taxas de mortalidade materna, abuso sexual na infância/adolescência e grande carga de trabalho doméstico não reconhecido pelo sistema previdenciário. Delas se espera, ainda, que estejam sempre sexualmente disponíveis, não transmitam doenças, não engravidem com muita frequência, que alimentem, eduquem e cuidem das crianças, das roupas e da casa.

Para um grande número de mulheres, a gestação, o parto e o puerpério ainda estão cercados de muitos riscos. Esta realidade ainda inclui o grande estresse e o drama pessoal da gravidez indesejada, o risco físico dos abortos clandestinos, das suas complicações, mutilação e morte. A taxa de mortalidade materna, no Brasil, por exemplo, ultrapassa muito que poderia ser considerado razoável.

Estas são apenas ilustrações de como o processo de discriminação contra a mulher ainda continua com muita força, sem que a sociedade se dê conta de sua extensão e gravidade.

Hoje, entretanto, estamos agravando ainda mais a carga já insuportável da grande maioria das mulheres brasileiras ao impedir a interrupção da gravidez

quando o feto, comprovadamente, padece de anencefalia, ou seja, não possui o cérebro desenvolvido.

A anencefalia é uma anomalia congênita do sistema nervoso central resultante da falha de fechamento do tubo neural entre o 23º e o 26º dia de gestação, incapacitando o conceito para a vida extra-uterina. Pela anomalia do cerebelo, não há controle de temperatura corpórea e da frequência respiratória, o que torna impossível a sobrevivência dessas crianças (Hunter, 1983).

Nos EUA a incidência de anencefalia é 1:1000 nascimentos.

Na Irlanda e Países de Gales, 5 a 7:1000 nascimentos. Na França e no Japão, 0,1 a 0,6:1000 nascimentos. No Brasil, 1:1.600 (Gorlin et al., 2001; Ogata et al., 1992; Rotta et al., 1989).

Na maioria dos casos a anencefalia é do sexo feminino e de etiologia multifatorial decorrente da interação entre fatores genéticos e ambientais. Os fatores ambientais envolvidos estão relacionados à exposição materna no primeiro trimestre de gestação a produtos químicos (solventes orgânicos, etc), irradiações, ruptura da membrana amniótica (brida amniótica), hipotermia materna, diabetes materna, deficiência materna de ácido fólico, alcoolismo, tabagismo, fármacos como antidepressivos tricíclicos, antiácidos, antidiarréicos, corticoesteróides, analgésicos, antieméticos, antibióticos, antiparasitários e antigripais (Ogata et al., 1992; Mutchinick et al., 1990; Sanford et al., 1992). A incidência de malformações do conceito em mães diabéticas é de 6 a 16 vezes maior do que na população geral.

Hoje em dia o diagnóstico pré-natal dos casos de anencefalia tornou-se simples. Não é necessária a realização de exames invasivos, apesar dos níveis de alfa-fetoproteína aumentados no líquido amniótico obtido por amniocentese ser o método de diagnóstico (Cohen & Zapata, 1985).

O reconhecimento de conceito com anencefalia é imediato.

O crânio está ausente ou bastante hipoplásico. Não há ossos frontal, parietal e occipital. A face é delimitada pela borda superior das órbitas que contém globos oculares salientes. A abóboda craniana é substituída por massa mole de coloração violácea e aspecto angiomatoso. O cérebro encontra-se exposto e o tronco cerebral é deformado. Os nervos cranianos são hipoplásicos. A hipófise está ausente ou vestigial, com neuro-hipófise hipoplásica. O hipotálamo está ausente na maioria dos casos, assim como as conexões entre adeno-hipófise e o SNC (Ogata et al., 1992).

A confirmação diagnóstica é realizada pelo ultra-som, em que não é visualizado o contorno ósseo da calota craniana do conceito. Esse diagnóstico pode ser realizado hoje a partir de 12 semanas de gestação (Brimdage, 2002; Ross & Elias, 1997).

No que diz respeito à prática da interrupção de gestação com fetos anencéfalos a Organização Mundial da Saúde publicou tabela que mostra os percentuais que ocorrem em diferentes regiões e países do mundo.

Nela, pode-se verificar a alta incidência do aborto induzido na prática de atendimentos desses casos. Em países como a França, Suíça, Bélgica, Áustria, Israel e Rússia a interrupção da gravidez ocorre quase sempre em 100% dos casos. Mesmo em países com extensa tradição católica, como Itália e Espanha, a interrupção da gravidez com fetos anencéfalos é realizada na imensa maioria dos casos: de 80% a 85%. No Reino Unido, Alemanha e Finlândia, as taxas aproximam-se a 90%.

Somos da opinião de que ao se diagnosticar um feto anencéfalo, deverá ser permitido ao casal decidir de uma maneira totalmente informada e livre sobre a interrupção ou o seguimento da gravidez. Essa opinião baseia-se nos seguintes fatos: a) não há nenhuma possibilidade de sobrevivência prolongada para esse tipo de patologia; b) a gravidez com anencéfalo traz para mãe maior probabilidade de doença hipertensiva específica da gravidez, e poliídramnio, além de causar, com grande frequência, um parto distócico pela própria condição de anencefalia; c) com a metodologia propedêutica mais moderna, o diagnóstico da anencefalia pode ser realizado com total segurança, devendo ser obrigatória, antes da interrupção, uma segunda opinião de um obstetra experimentado.

Este projeto de lei tem o propósito de incluir, entre as causas que não incriminam a realização do aborto, no Código Penal, a situação da gravidez com feto anencéfalo.

Não queremos obrigar o casal à interromper a gravidez, mas apenas permitir que a decisão seja tomada por eles livremente, após todas as informações específicas do seu caso, com o cuidado de se exigir dois laudos independentes para que não paire nenhuma dúvida sobre o diagnóstico.

Evidente que, uma vez tornada lei essa possibilidade de interrupção, os serviços públicos deverão oferecê-la àqueles casais que desejarem, cabendo aos médicos a possibilidade de alegarem objeção de consciência, mas cabendo ao serviço a obrigatoriedade do atendimento de acordo com desejo dos pais e o relatório feito pelos médicos especialistas. Tais detalhamentos, no entanto, podem ser feitos na regulamentação da lei, pelo órgão competente do Poder Executivo.

Sabemos que a questão envolve grande polêmica, por interferir com problemas sociais, religiosos, médicos e éticos. O aborto provocado, que não pode ser desvinculado do contexto da situação da mulher em nossa sociedade, é sem dúvida um dos mais complexos e controversos fenômenos sociais que a humanidade enfrenta. Independentemente de qualquer conceito religioso, é indiscutível que o aborto provocado é uma agressão, é uma situação de violência que se faz sentir em diferentes níveis. Ninguém em sã consciência é a favor do aborto. Os médicos, formados em defesa da vida, e particularmente os ginecologistas, não podem senão abominar a própria idéia da interrupção da gravidez. Como então conciliar esta postura frente ao sofrimento e angústias de uma paciente gestante portadora de um feto anencéfalo cuja probabilidade de sobrevivência é nenhuma?

Equivale à prática da tortura a exigência de que a mulher gestante suporte a situação de manter o feto anencéfalo até o fim do período gravídico. Além do mais,

esta gestante estará submetida a um parto complicado, de alto risco, que envolve sofrimento e um esforço desgastante e infrutífero.

Todos esses motivos nos levam a apresentar este Projeto de Lei para o qual solicitamos a aprovação dos colegas, Deputados desta Casa, pois temos a firme convicção de que facultar ao casal a decisão de interromper a gravidez com feto anencéfalo é, ainda, a melhor alternativa.

Sala das Sessões, em de de 2004.
Deputado DR.PINOTTI

PROJETO DE LEI Nº 1174, 1991
(Do Sr. Eduardo Valverde)

Despenaliza a interrupção voluntária da gravidez, nas condições estabelecidas nesta lei e dá outras providências

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º- Todas as mulheres têm o direito de controlar os aspectos relacionados com sua sexualidade, incluindo a sua saúde sexual e reprodutiva e de decidir livre e responsabilmente sobre estas questões, sem coação, discriminação ou violência.

Art. 2º- Não é punível a interrupção da gravidez efetuada por médico, ou sob a sua direção, em estabelecimento de saúde pública e com o consentimento da mulher grávida, quando, segundo a evolução da ciência médica:

- a) Constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;
- b) Se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez;
- c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença congênita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, comprovadas ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com ciência médica, excepcionando-se as situações anencefalia, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo;
- d) A gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual da mulher e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas.

Art. 3º- A verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez é certificada em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direção, a interrupção é realizada.

Art. 4º- O consentimento é prestado:

- a)- Em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo e, sempre que possível, com a antecedência mínima de 3 dias relativamente à data da intervenção; ou
- b)- No caso de a mulher grávida ser menor de 18 anos ou psiquicamente incapaz, respectiva e sucessivamente, conforme os casos, pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes da linha colateral.

Art. 5º- Se não for possível obter o consentimento nos termos do artigo anterior e a efetivação da interrupção da gravidez se revestir de urgência, o médico decide em consciência face à situação, socorrendo-se, sempre que possível, do parecer de outro ou outros médicos.

Art.6º- Os profissionais de saúde têm o direito de invocar objeção de consciência nos casos de interrupção de gravidez e o dever de encaminhar as utentes para outros profissionais de saúde dispostos a prestar o serviço solicitado.

§ Único- O direito de recusa previsto no caput, não subsiste se a intervenção médica se reveste de urgência para a vida da grávida.

JUSTIFICATIVA

É preciso tratar a discussão da interrupção de uma gestação por anencefalia abstraindo-se princípios religiosos e fundamentalistas, uma vez que não se trata de posição de fé. É preciso fazer essa discussão desprovida de dogmatismos e intolerâncias.

Toda e qualquer discussão técnica sobre um feto anencéfalo aponta para a inviabilidade, e um feto é inviável, quando não tem nenhuma condição de sobrevivência fora do útero materno.

O princípio da laicidade do Estado deve ser obedecido nas políticas públicas para que seja garantida a igualdade de todas e de todos e assegurada a efetivação dos direitos já consagrados na Constituição Federal e nos diversos instrumentos internacionais, como medida de proteção aos direitos humanos das mulheres e das meninas. A Constituição Federal, de 1988, reconheceu a universalidade do direito à saúde e o dever do Estado de oferecer, gratuitamente, a toda a população o acesso a esse direito.

Não é admissível que o Estado penalize as mulheres, obrigando-as a levar adiante uma gravidez cujo feto não tem condições de sobreviver fora do útero. O Estado deve garantir políticas universais, favorecendo o acesso aos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais para todas as mulheres, rurais e urbanas, respeitando a sua diversidade de raça e etnia e de orientação sexual.

O avanço da medicina aponta diagnóstico cada vez mais precoce e, hoje em dia, muitos exames detectam com antecedência as anomalias do feto. Esses exames devem ser disponibilizados a todas as mulheres.

Desde a quinta semana de gestação é possível saber se um feto é anencéfalo e, se o pré-natal estiver sendo realizado de forma adequada, isso é imediatamente descoberto. No Brasil, como as mulheres mais pobres começam o pré-natal tardiamente, por volta da 16ª e às vezes até da 18ª semana de gravidez, são elas mais atingidas por esse problema. A região Nordeste possui os níveis mais elevados de pobreza absoluta no país, e, onde, a distribuição de renda é mais concentrada. Os indicadores também apontam que esta situação é pior entre as mulheres, de um modo geral, e entre homens e mulheres da população afro-descendente. Ao legalizarmos a interrupção da gravidez por anencefalia, serão essas mulheres as maiores beneficiadas.

Após um diagnóstico de má-formação congênita incompatível com a vida fora do útero materno, a mulher deve ser informada de que esse feto nunca poderá viver e que, se for da sua vontade, ela não precisa correr os riscos desnecessários dessa gravidez.

Não existem pessoas anencéfalas. Há um consenso científico que assegura que os anencéfalos morrem nos momentos seguintes ao nascimento ou, muitas vezes, ainda no útero da própria mulher. E as mulheres devem ter, incondicionalmente, acesso a essa informação. A mulher que quiser levar a gravidez a termo deve ser orientada, inclusive, de todas as consequências e significados de uma gestação nessas condições.

A I Conferência Nacional de Política para as Mulheres, realizada entre os dias 15 e 17 de julho de 2004, com a presença de cerca de 2 mil mulheres, delegadas de todas as Unidades da Federação, aprovou uma moção de apoio à decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental apresentada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, com assessoria técnica da ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero.

Considerando o sofrimento das mulheres grávidas de fetos com anencefalia, o direito universal à saúde e o cumprimento aos princípios constitucionais da liberdade e da dignidade, a Conferência expressou, também, o apoio à liminar do Ministro Marco Aurélio Mello que autoriza mulheres grávidas de fetos com anencefalia a interromperem a gestação. Contudo o plenário do Supremo Tribunal Federal, na tarde do dia 20 de outubro, não referendou decisão tão importante para a garantia da saúde reprodutiva, psíquica e espiritual das mulheres, bem como dos direitos humanos.

É preciso garantir a autonomia das mulheres e isso significa ampliar o poder de decisão sobre suas vidas, seus corpos, suas comunidades e seu país. É preciso romper com o legado histórico de exploração, opressão e subordinação que tanto constrange a vida das mulheres. À mulher e somente a ela, cabe o direito de decidir sobre qual é a melhor alternativa para sua vida. Ao Estado cabe garantir esse direito.

Sala das Sessões,
Eduardo Valverde
Deputado Federal

PROJETO DE LEI N° 21, 2003 (Do Sr. Roberto Gouveia)

Suprime o artigo 124 do Código Penal Brasileiro.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Fica suprimido o art. 124 do Decreto Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal).

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O presente projeto de lei tem por objetivo atualizar o Código Penal, adaptando-o aos novos valores e necessidades do mundo atual, particularmente no sentido do reconhecimento dos direitos da mulher como pessoa humana. Com a apresentação dessa proposta damos continuidade ao projeto de lei apresentado em outra legislatura pelo ex. deputado Eduardo Jorge.

O artigo que suprime penaliza duramente a gestante que provoca aborto ou consente que outro o realize. Esta é uma disposição legal ultrapassada e desumana.

O Código Penal data de 1940 e, nestes últimos 50 anos, nossa sociedade passou por profundas transformações, notadamente no que se refere ao papel da mulher. Sua participação tem-se caracterizado, entre outros aspectos, pela crescente sobrecarga de trabalho, associando suas funções domésticas às do trabalho assalariado, quase sempre em condições desfavoráveis em relação aos demais trabalhadores.

São essas mulheres, em sua maioria de classe social baixa, obrigadas a submeter-se a prática do aborto, que vão compor a triste estatística de cerca de 4.000.000 (quatro milhões) de casos em todo Brasil. Essa Prática realizada sem as condições técnicas necessárias tem provocado um alto índice de mortalidade, contribuindo fortemente para levar o País a uma taxa de mortalidade materna várias vezes superior às dos países da Europa.

Portanto, a lei não pode pretender punir baseando-se apenas na compreensão isolada e individual do ato e desconsiderando toda a realidade social a que está submetida a mulher brasileira.

Ademais, é absolutamente desnecessário e desumano querer aplicar penalidade a uma pessoa que já foi forçada a submeter-se a tamanha agressão. A gestante, quando provoca aborto em si mesma ou permite que outro o faça, está tomando uma providência extrema que a violenta física, mental e moralmente.

Pelo exposto e no sentido de reparar mais uma entre as várias injustiças contra a mulher, conclamamos os ilustres pares a aprovar este projeto de lei.

Sala de Sessões, de 2003.

ROBERTO GOUVEIA
Deputado Federal PT/SP

PROJETO DE LEI Nº 1459, DE 2003

(Do Sr. SEVERINO CAVALCANTI)

Acrescenta um parágrafo ao artigo
126 do Código Penal.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. O art. 126 do Código Penal, aprovado pelo Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido do seguinte § 2º, renumerando-se o atual parágrafo único como § 1º:

“Art. 126 (...).

(...) ”

§ 1º. (parágrafo único original).

§ 2º. Aplica-se a pena deste artigo aos casos de aborto provocado em razão de anomalia na formação do feto.” (AC)

Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Nosso sistema jurídico constitucional tutela a vida humana como bem supremo, desde a concepção até o último fio de vida autônoma.

Tradicionalmente, a sociedade brasileira não aceita a realização de aborto eugênico, assim entendido como aquele praticado contra feto viável, porém com probabilidade de apresentar anomalias físicas ou mentais. Esse sentimento refletese na legislação brasileira que também não autoriza o aborto eugênico.

Com efeito, o Código Penal de 1890, mandado executar pelo Decreto n.º 847, de 11/10/1890, tratava do crime de aborto nos arts. 300, 301 e 302. A única possibilidade de benefício legal relacionado a esse ilícito encontrava-se no parágrafo único do art. 301, o qual estabelecia a redução da 3ª parte da pena prevista para o crime de *provocar aborto com anuência e acordo da gestante*, se o ato fosse cometido para ocultar a *desonra própria*. O Código Penal de 1890 permitia a realização de aborto legal, ou aborto necessário, desde que provocado por *médico ou parteira*, para salvar a gestante de morte inevitável.

Seguindo a mesma linha, o Código Penal atual manteve a prática de aborto como crime. Hodiernamente, pune-se: a) a gestante, quando provoca o aborto, e o terceiro que realiza o procedimento (art. 124 e art. 126); b) o terceiro, que provocar o aborto sem o consentimento da gestante (art. 125); c) em sua forma qualificada o crime de aborto em caso de superveniência de lesões graves ou morte da gestante (art. 127).

Por outro lado, o Código Penal de 1940 aumentou o rol de causas de exclusão da punibilidade em relação ao Código de 1890 ao estabelecer no art. 128 não ser punível o aborto praticado por médico, **verbis**:

Art. 128 (...).

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Fora das hipóteses do suso art. 128 a prática de aborto é punível.

Em outras palavras, ante a ausência de dispositivo legal autorizativo, a prática de aborto eugênico é crime passível da aplicação das penas previstas na lei.

Todavia, o que se tem observado é o uso de subterfúgios para autorizar essa prática. Nesse sentido, o presente projeto de lei, ao fixar pena para a prática de aborto eugênico, visa eliminar esse odioso procedimento de “higiene racial” que se contrapõe ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nenhum homem pode invocar para si o direito de autorizar a morte de crianças, por meio da prática do aborto. A medicina em todo o mundo vem demonstrando estágios tão avançados de desenvolvimento que milhares de crianças, que antes estavam condenadas a uma vida vegetativa, hoje – graças aos avanços da ciência médica – contam com uma vida normal. Essas crianças estão trazendo a felicidade a muitos lares que souberam respeitar o seu Direito à Vida.

Sala das Sessões, em de de 2003.

SEVERINO CAVALCANTI

DEPUTADO FEDERAL

PROJETO DE LEI Nº 7235, DE 2002
(Do Sr. SEVERINO CAVALCANTI)

Revoga o art. 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Fica revogado o art. 128 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal.

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

As hipóteses de impunidade do aborto contempladas no art. 128 do Código Penal não se justificam hoje.

O aborto necessário previsto no inciso I, com os avanços da Medicina praticamente não existe. E se existir realmente um caso de necessidade de prática de aborto, se não houver outro meio de salvar a vida da gestante, desde que o aborto não seja visado, esse estado de necessidade já constitui excludente de ilicitude prevista no art. 23, inciso I do Código Penal.

O aborto em caso de estupro é meramente sentimental. Alega-se que a estuprada sofre danos psicológicos graves, não lhe sendo exigido o sacrifício de conservar a gravidez provocada pelo estuprador.

Todavia, o feto é um ser humano desde a concepção, conforme já constatou a ciência. Brien Clowes, PHD, em sua obra *Os Fatos da Vida* afirma : "A maneira mais simples de provar que os nascituros estão vivos é simplesmente observar que o óvulo da mulher e o espermatozóide do homem são células vivas. Essas duas células vivas logo se fundem, se organizam, crescem e continuam a ter todas as propriedades de uma célula viva. "Mostra o milagre da vida, onde no 1º mês, a base

do sistema nervoso está completo até o 20º dia; aos 42 dias o esqueleto está completo e os reflexos estão presentes; entre onze e doze semanas, chupa com vontade seu polegar e aspira seu fluido amniótico, para desenvolver os órgãos da respiração; no quarto mês o bebê pode agarrar com as mãos, nadar e dar cabriolas e o autor continua a descrever esse fantástico desenvolver de uma pessoa humana no ventre materno.

Como o Código Penal permite a impunidade do aborto quando a concepção se dá por motivo de estupro, interpreta-se que em todo caso de estupro se deve abortar. Assim, mata-se o inocente e o estuprador nem sempre é punido.

A vida humana é preciosa e deve ser preservada desde a concepção. Em caso de estupro não é necessário matar o embrião ou o feto. Alguém pode criá-lo e a mãe poderá submeter-se a tratamento psicológico, do qual não será dispensada se ocorrer o aborto, pois sofrerá os efeitos psicológicos de ter eliminado o seu filho (síndrome do aborto).

Assim, urge que seja retirado do Código Penal esse dispositivo que tem permitido a morte de inocentes nascituros até pelo Sistema Único de Saúde.

Pelo exposto, conto com o apoio dos nobres Pares para a aprovação deste Projeto de Lei.

Sala das Sessões, em de de 2002.

Deputado SEVERINO CAVALCANTI